



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**

**Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS**

**Graduação em Direito**

**ALEXEI KALUPNIEK**

**“EX UNO, PLURES” (“A PARTIR DE UM,  
VÁRIOS”): diglossia e ressignificação no direito romano**

**BRASÍLIA**

**2012**

**ALEXEI KALUPNIEK**

**“EX UNO, PLURES” (“A PARTIR DE UM,  
VÁRIOS”): diglossia e ressignificação no direito romano**

Monografia a ser apresentada como  
requisito para conclusão do curso de  
bacharelado em Direito do Centro  
Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Me. Luiz Patury Accioly  
Neto.

**BRASÍLIA  
2012**

## AGRADECIMENTOS

Ao professor Luiz Patury, pela orientação *in meliora per aspera* (para melhor, apesar das dificuldades).

À professora Bistra Apostolova, pela orientação, carinho e dedicação ao projeto do PIBIC.

Ao colega Matheus Muniz, que discorreu sobre história de Roma *ad nauseum* (até o enjôo).

## RESUMO

Autores como Antônio Manuel Hespanha consideram que, nos manuais tradicionais de ensino jurídico, a história do direito romano é apresentada de forma a causar uma falsa impressão de continuidade. Para eles, a ruptura entre presente e passado é acobertada com o objetivo de legitimar a ordem jurídica estabelecida. Este trabalho tem como objetivo apresentar indícios de que a necessidade de um simulacro de estabilidade jurídica é um fenômeno, em si mesmo, essencialmente romano. Para isso, contribuições teóricas de Foucault e Derrida serviram como ferramentas de análise e desconstrução discursivas. Mas o principal instrumento metodológico utilizado foi o emprego do conceito linguístico de diglossia: situação de convivência entre registros de fala diferentes, sendo uma delas a “oficial”. Assim, falamos de uma diglossia jurídica, na qual o direito posto convive com soluções jurídicas com ele conflitantes; de uma diglossia discursiva, presente na invenção da história de Roma pelos próprios romanos; de uma diglossia de Estado, que se dá com o processo de esvaziamento e perda de poder real das instituições republicanas. A primeira expressão de diglossia é ilustrada com cinco exemplos históricos; a segunda é apresentada a partir de uma observação dos discursos de Cícero; a terceira se dá com a análise da “república restaurada” de César Augustus. A conclusão é a de que os próprios romanos ressignificaram seu direito, história e instituições com o propósito de legitimação e manutenção da ordem vigente. Se há uma tradição, seria a da própria administração e acobertamento da ruptura. Podemos ser, de certa forma, herdeiros dos romanos na ficção da continuidade inabalável de uma tradição jurídica.

Palavras-chave: direito romano; diglossia; ressignificação.

## ABSTRACT

Some authors like Antônio Manuel Hespanha consider that, in traditional law text books, Roman legal history is presented as to give a false impression of continuity. For them, any disconnection between past and present is covered up in order to legitimize the establishment. This research aims to present some evidence that the need for a legal stability simulacrum is essentially a Roman phenomenon. Theoretical contributions from Foucault and Derrida were used as tools for speech analyses and deconstruction. However, the main methodological tool was the application of diglossia, a concept originally from linguistics, in the field of law history. Diglossia, in linguistics, is the coexistence of two different speech registers, of which one is taken as "official". In law history, one can talk about a legal diglossia, in which law coexists with solutions to specific cases that contradict it; a speech diglossia, present in the invention and reinvention of Roman history by the Romans themselves; a State diglossia, which takes place during the process of loss of real power of Republican institutions. This paper presents five historical examples of the first type of diglossia; an observation of the second type in Cicero speeches; and an analysis of Cesar Augustus "restored republic" that shows occurrence of the third type. One could conclude that the Romans themselves resignified their own legal system. If there is a tradition, it lies in the very covering of historical gaps and ruptures. We probably are, somehow, heirs of Rome when it comes to the the very fiction of an unshakeable legal legacy.

Keywords: Roman law, diglossia, resignification.

## SUMÁRIO

PREÂMBULO .....	8
1. INTRODUÇÃO .....	11
1.1. Tema, objeto e objetivo .....	11
1.2. Abordagem .....	13
2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA E FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA .....	16
2.1. Continuidade e ruptura .....	16
2.1.1. Continuidade .....	16
2.1.2. Ruptura .....	17
2.1.3. Metodologias .....	19
2.2. O legado de Roma .....	21
2.2.1. Ressignificações do direito romano na história do desenvolvimento jurídico no ocidente .....	21
2.2.2. Direito romano segundo Miguel Reale .....	26
2.2.3. Instrumentalidade .....	28
2.2.4. Direito romano e democracia .....	30
2.2.5. A centralidade das leis no direito romano .....	31
2.2.6. Oriente e ocidente .....	32
3. ESTRATÉGIAS DE LEITURA .....	34
3.1. Análise do discurso em Foucault .....	34
3.2. O desconstrutivismo de Derrida .....	35
3.2.1. “Metafísica da Presença” .....	35
3.2.2. “Diferência” e não significação .....	37
4. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA .....	41
4.1. Origens .....	41
4.2. Os remédios jurídicos .....	44
4.3. A lei natural e o <i>ius gentium</i> .....	47
4.4. Diglossia discursiva: a “utopia às avessas” de Cícero .....	49
4.5. O império .....	51
4.6. Diglossia de Estado .....	52
4.7. O direito romano clássico .....	53

5. RESULTADOS, ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DOS DADOS.....	57
6. CONCLUSÕES.....	58
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

## PREÂMBULO

O que é o tempo? “Se ninguém me pergunta, eu sei; mas se quiser explicar a quem indaga, já não sei”<sup>1</sup>, afirma Santo Agostinho. O tempo mundano, para ele, é fluxo e movimento, é o presente que se transforma em passado e dá lugar ao futuro. Ao tempo é necessário que passe porque, caso contrário, não haveria presente mas, em seu lugar, algo inconcebível: a eternidade. Logo, - e paradoxalmente - “o que nos permite afirmar que o tempo existe é justamente a sua tendência para não existir”<sup>2</sup>.

O que é história? O discurso histórico pode ser entendido como um exemplo daquilo que Agostinho chama de “memória das coisas ausentes”<sup>3</sup>, de algo que se apresenta já não por si próprio, mas pela sua imagem, sua representação. Representação que é, por sua vez, uma construção histórica. Os romanos eram uma sociedade que celebrava o passado, daí a importância de se invocar a tradição. Daí a importância, também, de se viver o presente levando-se em conta a posteridade. E essa memória sabia ser seletiva - como disse Sêneca acerca do imperador Tibério: “era sua prerrogativa se esquecer” (“*optanda erat oblivio*”)<sup>4</sup>. Uma das sanções do direito exercido no principado era o *damnatio memoriae*: a aniquilação de todo e qualquer registro do condenado. Uma morte civil que incluía a destruição de retratos, estátuas e inscrições.

Em Roma o passado definia o presente mas, ao mesmo tempo e de forma complementar, cabia aos vivos compor a voz póstuma dos mortos. A realidade histórica era expressada, principalmente, por intermédio das artes. Um poema épico

---

<sup>1</sup> AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008. p. 267.

<sup>2</sup> Ibidem. p. 225.

<sup>3</sup> Ibidem. loc. cit.

<sup>4</sup> GOWING, Alain. *Empire and Memory: The Representation of the Roman Republic in Imperial Culture*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 9.



descrevendo certa batalha, uma peça teatral, um discurso repleto de elementos retóricos tinham tanta ou maior credibilidade do que a descrição dos fatos feita por um observador *in loco*. É “um fenômeno que transcende distinções de gênero [entre, digamos, literatura e história] deixando ‘desconfortáveis’ os pesquisadores modernos”.<sup>5</sup>

Portanto, para os romanos, não é relevante nossa distinção contemporânea entre o que é “ficção” e “realidade”. Porém, é impossível, para o historiador contemporâneo, a análise de um objeto sem seu recurso metodológico, sem a representação como instrumento necessário. Há dúvidas mesmo se é possível a compreensão da própria história vivida, desprovido da distância e perspectiva dadas por um extenso transcurso do tempo. Assim, o historiador Eric Hobsbawm, assomado pelo o medo de que o “contemporâneo” sobrepujasse o “estudioso”, confessa ter evitado discorrer sobre seu próprio século<sup>6</sup>.

Paradoxalmente, dada a dificuldade de se falar sobre o presente, uma boa maneira de fazê-lo seja, talvez, analisar nosso discurso sobre o passado. Porque, na tentativa de construir um discurso sobre o outro, acabaríamos por revelar nós mesmos. Assim, de posse, pelo menos em parte, de nosso contexto inerente, poderíamos nos aproximar um pouco mais de uma apreensão histórica cuja substância consista “nas experiências pelas quais o homem alcança a compreensão de sua humanidade e, simultaneamente, de seus limites”<sup>7</sup>.

O direito romano, verdadeiro “supermercado de ideias”,<sup>8</sup> é um exemplo excepcional de processos de reconstrução de significados obtido a partir de visões e revisões sobre o que teria sido o passado. É um conteúdo jurídico que, apropriado de forma utilitarista, logrou obter as mais diversas soluções legais nos mais diferentes contextos sociais e históricos. Daí a percepção de que essas ideias teriam

---

<sup>5</sup> GOWING, Alain. *Empire and Memory: The Representation of the Roman Republic in Imperial Culture*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 9.

<sup>6</sup> HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremo: o Breve Século XX (1914-1918)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 9.

<sup>7</sup> VOGELIN, Eric. *A Nova Ciência da Política*. Brasília. Editora da Universidade de Brasília, 1982. p. 66.

<sup>8</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 2.

adquirido tamanha força que, de certa forma, transcenderiam a ordem temporal ordinária. Em uma metáfora de inspiração clássica, o legado jurídico de Roma não seria mais regido por Kronos (o tempo do relógio), - mas por Kairos - o filho do deus, que representa o tempo das estações e das oportunidades.<sup>9</sup> Assim, o direito romano teria se tornado, por seus próprios méritos, um “elemento de nossa civilização”<sup>10</sup>

Discute-se se, juridicamente, somos, de fato, herdeiros dos romanos ou se, pelo contrário, essa continuidade do direito ocidental foi e é, em grande parte, forjada. Há indícios de que somos, sim, herdeiros. Mas da ficção de uma tradição jurídica estável e inalterada. Talvez o legado “*kairológico*” apresente, de fato, um sentido oportunístico: a utilização desse *corpus juridicus*, material e simbólico, como estratégia de legitimação. Essa abordagem utilitarista já se mostra presente em Roma, onde os discursos sobre o passado foram moldados pelos desafios impostos pelo presente. Esses discursos e seus determinantes são o objeto deste trabalho.

---

<sup>9</sup> POLETTI, Ronaldo. A ideia democrática no direito romano *in Revista de Informação Legislativa*, v.30, nº120, 120, p. 89-105, out./dez. De 1993. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176162>>. Acesso em: 22 março 2011.

<sup>10</sup> Ibidem. Loc .c

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1. Tema, objeto e objetivo

O projeto teve como origem a necessidade de se explicar o aparente fenômeno contemporâneo de ressurgimento e revitalização do direito romano (D.R). O processo parece se dar, neste momento, principalmente em relação às formas de harmonização jurídica dentro da União Europeia. A necessidade de unificação de ordens normativas diferentes leva à busca de um elemento comum, de um ponto de origem. Assim, a matriz de ontem acaba por ser o fator de unificação de hoje, fazendo com que o D.R ressurgja como fonte viva do direito.

O escopo de pesquisa se mostrou, de início, extremamente amplo. Durante dois mil e quinhentos anos O D.R é tão utilizado e possui tantas ressignificações que é chamado, por um dos autores pesquisados, de “verdadeiro supermercado de ideias”.<sup>11</sup> O estudo poderia englobar toda a história de formação do D.R, seus diversos ressurgimentos (entre eles - na Europa medieval, na França positivista, na Holanda protestante e na Alemanha do século XIX), além dos processos de harmonização legais de hoje, que se dão principalmente em relação ao direito civil e à constituição comum dos países da União Europeia. Como é natural, o objeto de estudo, no decorrer da pesquisa bibliográfica, se restringiu, e o “recorte” de análise se evidenciou de forma mais precisa.

Percebemos que, antes da compreensão dos processos de ressignificação exógena do D.R - sua adaptação a diversos contextos externos -, deveríamos, por assim dizer, “isolar”, dentre seus elementos internos, aqueles que lhe conferiram tamanha flexibilidade. Assim, a pesquisa tornou-se essencialmente “romana”, mas sem perder, na medida do possível, a perspectiva de início. As questões relativas ao

---

<sup>11</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 2.

direito objetivo contemporâneo foram postas de lado e o trabalho, ao perquirir sobre a flexibilidade inerente ao D.R, se concentrou em seus aspectos mais essenciais.

Ao se tentar definir o objeto de estudo, ou seja, quando se indaga sobre a natureza do D.R surge, de pronto, uma polêmica doutrinária: seria o direito contemporâneo herdeiro, de fato, da tradição romanista? Essa é a discussão entre a teoria da continuidade, que considera o direito posto hodierno como uma extensão de seu antecessor romano e, em um outro extremo, a teoria da ruptura, que afirma que tal desenvolvimento não ocorre, de forma alguma, da maneira como é apresentado pelo ensino jurídico tradicional.

Seria, então, possível esse tipo de análise quando se utiliza, como metodologia, somente a pesquisa bibliográfica? Poderia haver alguma contribuição relevante quanto à compreensão da natureza do D.R sem acesso, sequer, às chamadas “fontes primárias” (documentos originais em latim)? A pesquisa parece indicar que sim. Isso porque pudemos perceber vários indícios de uma discrepância entre o D.R nos sentidos prático e formal. Os romanos nutriam uma verdadeira obsessão pela tradição, pela preservação da imagem de estabilidade jurídica. Isso, porém, não impediu a existência de um outro direito, digamos, das ruas e do comércio, convivendo, de forma perfeitamente pacífica, com os éditos dos magistrados. Um espaço permitido a soluções que, embora tecnicamente ilegais, foram instrumentos efetivos e eficazes dos operadores do direito.

O objetivo do projeto é darmos conta, de alguma forma, dessas três questões: as transformações do DR, a polêmica doutrinária e a existência de um “outro direito romano” não-formal. Para isso, criamos um conceito: o de “diglossia jurídica”. O conceito é explicado, com maior propriedade, nos tópicos “metodologia” e “conclusões”. A ideia de diglossia também é ampliada para dar conta de outros aspectos da realidade romana: a arte da oratória representada por Cícero (diglossia discursiva) e a reforma do aparelho estatal empreendida por César Augusto (diglossia de Estado). Fenômenos que possuem um aspecto em comum: a tentativa de manutenção da aparência de estabilidade das instituições sociopolíticas romanas. O trabalho busca, então, comprovações históricas da manifestação do fenômeno da diglossia percorrendo a história do direito romano *in loco*: ou seja, da

monarquia à formação do chamado “direito clássico”. Nas “conclusões” também se apresenta uma solução, ainda que provisória, para a polêmica doutrinária entre tradição e ruptura.

## 1.2. Abordagem

A pesquisa é baseada na análise bibliográfica com o auxílio do conceito de diglossia jurídica como princípio norteador ou ferramenta de leitura. “Diglossia”, um termo oriundo da ciência linguística, designa a convivência, em uma mesma sociedade e ao mesmo tempo, de dois registros de fala, sendo cada um deles usado em uma situação comunicativa diferente. Um impõe reverência pela formalidade, possuindo maior prestígio (norma culta); outro é mais informal e transmite familiaridade. Os romanos, assim como nós, conviviam tranquilamente com falas diferentes: um senador poderia falar sobre “uias” em seu discurso na assembleia e, logo depois, comprar “uvas” no mercado - a mesma palavra com pronúncia e registro diversos.

Foucault discorre sobre a partilha do espaço social, essa necessidade de uma divisão territorial simbólica entre as diferentes ordens discursivas:

“Ora, parece-me que sob esta aparente veneração do discurso, sob esta aparente logofilia, esconde-se uma espécie de temor. Tudo se passa como se os interditos, as barragens, as entradas e os limites do discurso tivessem sido dispostos de maneira a que, ao menos em parte, a grande proliferação do discurso seja dominada, de maneira a que a sua riqueza seja alijada da sua parte mais perigosa e que a sua desordem seja organizada segundo figuras que esquivam aquilo que é mais incontrollável ; tudo se passa como se se tivesse mesmo querido apagar as marcas da sua irrupção nos jogos do pensamento e da língua. Há sem dúvida na nossa sociedade, e imagino que em todas as outras, com base em perfis e decomposições diferentes, uma profunda logofobia, uma espécie de temor surdo por esses acontecimentos, por essa massa de coisas ditas, pelo surgimento de todos esses enunciados, por tudo o que neles pode haver de violento, de descontínuo, de batalhador, de desordem também e de perigoso, por esse burburinho incessante e desordenado do discurso”.<sup>12</sup>

A veneração ao discurso se encontra no cerne do direito romano, do temor reverencial, associado remotamente à religião, que é seu legado natural. Seu mito

---

<sup>12</sup> FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Editora Loyola, 1999. p. 32

fundador é a fixação do *ius* em *lex*, a transformação da jurisprudência oral em um direito positivado, concretizado pela escrita. A diglossia, então, seria o espaço regido pela “logofobia”, uma área onde habitam as ordens discursivas que sofreram um processo de abastardamento, de alijamento do espaço reservado à reverência e tradição.

Aplicando o conceito ao direito, diglossia jurídica expressa a distância entre os significados oficial e real das normas, entre seu conteúdo manifesto formal e sua expressão social. Esse espaço existe devido à necessidade dos romanos de, a todo custo, preservar uma imagem inalterável do direito. As leis eram consideradas, talvez devido a sua origem religiosa, essencialmente perfeitas e veneráveis. Uma imagem tida, aparentemente, como um imprescindível fator de coesão social. Enquanto isso regulava-se, extraoficialmente, algumas situações de fato a partir de uma prática informal. Informalidade tolerada porque reconhecidamente necessária.

O apego à tradição e à estabilidade leva a um “*status* quase santo da lei”.<sup>13</sup> Uma aparente reverência pela letra escrita, pelo *lex*, da qual nós seríamos, pelo menos em parte, herdeiros, porque toda e qualquer ordem jurídica romanista assim o é. A diglossia jurídica - a necessidade de se manter a lei formalmente intransigível enquanto se disfarçam reformas jurídicas das mais engenhosas maneiras repete-se -, na história romana, *ad nauseam*, conforme se pode comprovar pelos vários exemplos infracitados (*vide* “desenvolvimento”).

Já no discurso dos romanos a respeito de si próprios pode-se perceber uma espécie de diglossia em sentido lato. Cícero, muito provavelmente, tinha ciência de que a república invocada em seus discursos nunca havia, de fato, existido. Assim, o Estado cria não só uma lei oficial mas, também, uma narrativa artificial e solene a respeito de sua própria origem. A pesquisa se concentra no exame da estrutura normativa em Roma (diglossia jurídica). Porém considera também, subsidiariamente, além da análise da oratória de Cícero). Uma terceira diglossia, a de Estado, que se dá com a “república restaurada” de César Augustos. Instituição que se caracteriza

---

<sup>13</sup> KELLY, J.M.. *A Short History of Western Legal Theory*. Oxford. Oxford University Press, 2001. p. 35.

pela manutenção -apenas aparente das instituições republicanas, que vão sendo gradualmente alijadas dos meios de exercício efetivo do poder.

## 2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA E FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

### 2.1. Continuidade e ruptura

#### 2.1.1. Continuidade

Uma questão relevante sobre o D.R. é a polêmica entre os especialistas sobre a existência ou não de um processo de continuidade. A discussão doutrinária parece polarizada entre romanistas tradicionalistas - que acreditam que o sistema jurídico contemporâneo seria um prolongamento ou evolução naturais do D.R. - e os “de ruptura” – que consideram que a adaptação do D.R. seria, predominantemente, uma história de quebra e reconstrução. Dentre os tradicionalistas há mesmo aqueles que consideram a existência histórica dos institutos romanos uma discussão menos relevante. Isso porque o caráter formador e simbólico desse legado seria mais importante do que sua própria autenticidade. Como afirma Poletti, ao discutir sobre a efetividade dos meios de representação popular em Roma:

“Não importa, também, o quanto funcionaram os comícios na realidade histórica de Roma; se os comícios curiatis são apenas uma lenda [...] Saber dos limites ao poder dos comícios ou se a compreensão da norma constitucional atribuída a Lei das XII tábuas – ‘que a última decisão do povo seja o direito’ – leva, ou não, à compreensão de que fosse lícito ao povo adotar qualquer deliberação e que sua soberania fosse livre de tudo são questões relevantes, mas, qualquer que seja o seu deslinde, a ideia democrática do direito romano não será abalada”.<sup>14</sup>

Seria, então, a “ideia democrática do direito romano” inabalável ainda que diante de provas que lhe refutem a existência histórica? Aparentemente, sim. Dessa forma o D.R., pelo menos na acepção de alguns tradicionalistas, possuiria uma

---

<sup>14</sup> POLETTI, Ronaldo. A ideia democrática no direito romano *in Revista de Informação Legislativa*, v.30, nº120, 120, p. 89-105, out./dez. De 1993. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176162>>. Acesso em: 22 março 2011.



existência autônoma, independente, até mesmo, de Roma. Nelson Saldanha apresenta uma ideia que pode operar como elemento de explicação para esse fenômeno. Segundo o autor, a cultura ocidental acabou por forjar, tardiamente, um conceito genérico de “Direito”. Até sua forma final, a ideia foi sendo trabalhada, burilada pelo tempo, até o ponto de “se tornar uma noção genérica em extremo grau”.<sup>15</sup> O D.R, quando tomado apenas em si mesmo, não possuiria essa feição abstrata ou histórica. Elementos do direito romano teriam, assim, sido posteriormente reapropriados como paradigmas definidores de toda ciência jurídica.

O direito romano conservou, como imagem, uma singular exemplaridade institucional e linguística. A noção do jurídico se ligou à visão de um determinado tipo de experiência, como algo que se atribui a situações, ou a 'institutos', com base na imagem total do direito provinda do modelo romano.<sup>16</sup>

Para Saldanha, a idade moderna testemunha as primeiras abordagens que consideram alguns direitos como históricos. Há uma pretensão universalista que, na verdade, encobre “uma representação empiricamente alimentada”<sup>17</sup>. O autor destaca a importância do direito romano no imaginário jurídico ocidental e afirma que há um vínculo entre “a presença da imagem romana do direito e a base da própria noção ocidental de direito”<sup>18</sup>.

### 2.1.2. Ruptura

A polarização doutrinária ocorre entre romanistas tradicionalistas – divididos entre os que adotam uma visão naturalizante e a evolucionista – e os de ruptura, representados, em nossa abordagem bibliográfica, pelo historiador português Antônio Manuel Hespanha. Hespanha critica a apresentação da história do D.R. de grande parte dos manuais de ensino jurídico, que se utilizam de estratégias de legitimação do direito posto:

---

<sup>15</sup> POLETTI, Ronaldo. A ideia democrática no direito romano in *Revista de Informação Legislativa*, v.30, nº120, 120, p. 89-105, out./dez. De 1993. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176162>. Acesso em: 22 março 2011.

<sup>16</sup> Ibidem. loc. cit.

<sup>17</sup> Ibidem. loc. cit.

<sup>18</sup> Ibidem. loc. cit.

“A produção de literatura relativa ao direito romano é influenciada, em sua grande parte, pela herança do século XIX, expressando um viés conservador e tradicionalista<sup>19</sup>. Sua principal característica seria um discurso utilizado como forma de legitimar a realidade jurídica estabelecida, uma “apologética” ao direito posto<sup>20</sup>. Essa tentativa de legitimação, presente em grande parte dos manuais de história jurídica, se utilizaria, como instrumento, de duas abordagens a cerca da história do direito: as estratégias naturalizante e evolucionista<sup>21</sup>.”

O discurso naturalizante enfatiza o caráter de continuidade das instituições jurídicas. De acordo com essa abordagem, haveria, no direito contemporâneo, algum espaço para alterações, restrito, porém, pelo *mores maiorum*, ou os “costumes superiores” (portanto, mais importantes), dos antigos. Seria uma espécie de consenso histórico. As transformações se dariam como se como se votadas em um plebiscito no qual o presente teria, sim, direito a voto, mas o passado, pela soma da experiência acumulada detivesse, ainda, a maioria das cadeiras.

Hespanha alerta que, apesar da continuidade terminológica de vários conceitos jurídicos, existiriam importantes rupturas em sua expressão semântica<sup>22</sup>. “Família”, para os romanos, abrangia os criados e, até mesmo, os bens da casa. “Liberdade” significava a não-escravidão na Grécia Clássica; independência de um outro privado, em Roma; exclusiva submissão a Deus no cristianismo medieval; capacidade de autodeterminação e expressão política, a partir da Idade Moderna<sup>23</sup>. O autor considera que, no uso desses conceitos, muitas vezes o presente estaria sendo “imposto ao passado”<sup>24</sup>. Dessa forma, o discurso dos manuais, ao camuflar o anacronismo, se utilizaria do “valor de face” dos princípios clássicos, de sua autoridade e prestígio, para emprestar legitimidade às instituições sociais e ao direito estabelecido<sup>25</sup>.

Uma outra estratégia de legitimação seria o discurso evolucionista, que considera a história como um processo evolutivo. Estaríamos vivendo, de acordo

---

<sup>19</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milênio*. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2009. p. 75.

<sup>20</sup> Ibidem. p. 73.

<sup>21</sup> Ibidem. p. 78.

<sup>22</sup> Ibidem. loc. cit.

<sup>23</sup> Ibidem. loc. cit. .

<sup>24</sup> Ibidem. p. 25.

<sup>25</sup> Ibidem. p. 22.

com essa outra forma de “sacralização do presente”<sup>26</sup>, o apogeu do processo civilizatório. O passado seria uma etapa, parte de um transcurso natural que nos conduziria, de maneira quase unívoca, à realidade de hoje. O evolucionismo, da mesma forma que a abordagem naturalista, também torna o passado “prisioneiro”, das categorias do presente, sem direito a sua própria especificidade<sup>27</sup>.”

A verdade é que ideia mesma de continuidade ou ruptura não possui, por si, natureza autônoma mas é, também, uma avaliação cultural, ou seja, acaba sendo historicamente ou socialmente condicionada. Por isso tentamos, na medida do possível, estabelecer critérios objetivos. Um desses critérios é o da análise da norma jurídica e sua eficácia social. Outro é o da observação do discurso que os romanos tinham a respeito de si próprios.

### 2.1.3. Metodologias

A abordagem dos atuais manuais de direito é herdeira do chamado “paradigma *rankeano*”<sup>28</sup>, uma metodologia surgida no século XIX cuja importância cresceu a tal ponto que, de certa forma, se tornou “a maneira de se fazer história”<sup>29</sup>. Impregnado pela cultura científica da época, Ranke acreditava em uma história contada por profissionais, com uma metodologia própria rigorosa, com especial ênfase nos documentos, nas chamadas “fontes primárias”<sup>30</sup>. Grosso modo, suas principais características seriam: ênfase no aspecto político e nos grandes personagens (“história vista de cima”), abordagem narrativa e documental, limitação dos problemas e crença na objetividade, em uma forma de contar os fatos “como eles realmente aconteceram”<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Ibidem. p. 27.

<sup>27</sup> Ibidem. p. 23.

<sup>28</sup> BURKE, Peter. *A Escrita da História – Novas Perspectivas*. São Paulo. Unesp, 1992. P. 103.

<sup>29</sup> Ibidem. p. 105.

<sup>30</sup> Ibidem. p. 106.

<sup>31</sup> RANKE, Leopold von. *Varieties of History*. Nova Iorque. F. Stern, 1992. p. 103.

Porém, a dissociação entre a realidade fática vivida pelo homem comum e uma ordem teórica abstrata, “desencarnada”,<sup>32</sup> parece ser um problema comum às ciências sociais.

“A ciência política sofre de uma dificuldade que tem origem em sua própria natureza, como ciência do homem em sua existência histórica. Uma vez que o homem não espera pela ciência até que ela lhe explique a própria vida, quando o teórico aborda a realidade social encontra um campo já ocupado pelo que poderia ser chamado de auto-interpretação da sociedade”.

Eric Voegelin afirma que esse lapso, um estranhamento frequente na ciência política, estaria, por exemplo, presente nos conflitos entre o país legal e o real, entre Estado e Nação. No direito, Ferdinand Lasalle expressa preocupação similar, de forma mais específica, na oposição entre os conceitos de constituição em sentido sociológico - “a soma dos fatores reais de poder” – e de constituição no sentido jurídico. Esta última, sem a primeira, seria letra morta, “mera folha de papel”.<sup>33</sup>

A análise e as tentativas de desconstrução do discurso tentam dirimir o estranhamento representando, portanto, oportunidades fecundas para a pesquisa sobre a realidade de determinado grupo social. Até porque o não dito, ou aquilo que é expresso em espaços de fala não considerados como tais, revela muito sobre tensão entre as necessidades simbólicas e as questões reais enfrentadas por pessoas de determinado tempo e lugar. Se o espaço da oficialidade se confunde com o do próprio domínio discursivo, aos perdedores resta, de certa forma, sobreviver nas sombras. Como afirma Foucault:

“O discurso – a psicanálise mostrou-o -, não é simplesmente o que manifesta (ou esconde) o desejo; é também aquilo que é objeto do desejo; e porque – e isso desde sempre a história ensinou – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou sistemas de dominação, mas é aquilo pelo qual e com o qual se luta, é o próprio poder de que procuramos assenhorearmo-nos”.<sup>34</sup>

Esse mesmo poder, que padece de uma necessidade de legitimação constante, não prescinde de suas representações. E a tudo o que não lhe convém é reservado um espaço diferente de existência, um outro orbe, marginal e remanescente.

---

<sup>32</sup> VOEGELIN, Eric. *A Nova Ciência da Política*. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1982. p. 74..

<sup>33</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo. Editora Saraiva, 2008. p. 275.

<sup>34</sup> FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Editora Loyola, 1999. p. 2

A chamada “Nova História”, ou “história estrutural”, ou “história total”, pretende abarcar outros discursos, mesmo os aparentemente ausentes, se definindo como uma reestruturação do paradigma rankeano<sup>35</sup>. Em linhas gerais, seus adeptos defendem a abordagem de outras histórias (“história total”), que vai além da narração dos fatos políticos. A ênfase, aqui, não se dá em acontecimentos, mas no desenvolvimento de estruturas. Há a utilização de uma diversidade de fontes, problemas e vozes em um processo que não evita, mas até mesmo procura, expressar diversidade e “heteroglossia”<sup>36</sup>. No projeto em questão, pode-se entender o D.R como uma dessas estruturas que se desenvolvem em um cenário histórico multifacetado. Estrutura que, por sua natureza, reflete, de maneira própria, essa dinâmica entre unidade e diversidade, estabilidade e transformação tão caras a esses novos historiadores”.<sup>37</sup>

## 2.2. O legado de Roma

### 2.2.1. Ressignificações do direito romano na história do desenvolvimento jurídico no ocidente

O Corpus Iuris Civilis (CIC), raiz histórica do sistema romanista, é uma compilação encomendada pelo imperador Justiniano no século VI DC. O sistema justinianeu foi, desde sua origem, um transplante, uma adaptação de várias legislações a uma realidade histórica e geográfica bastante diversa daquela em que vigiam as normas originais.<sup>38</sup> Foi elaborado não em Roma, mas em Constantinopla; não na parte latina do império, mas em sua porção grega. Apresentava, em um só

---

<sup>35</sup> BURKE, Peter. *A Escrita da História – Novas Perspectivas*. São Paulo. Unesp, 1992. P. 79.

<sup>36</sup> Ibidem. p. 83.

<sup>37</sup> BURKE, Peter. *A Escrita da História – Novas Perspectivas*. São Paulo. Unesp, 1992. P. 79.

<sup>38</sup> GOWING, Alain. *Empire and Memory: The Representation of the Roman Republic in Imperial Culture*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 9.

corpo, mil anos de experiência jurídica romana, abrangendo a Realeza, a República e o Império.<sup>39</sup>

O processo de redescoberta, adaptação e uso do CIC continuou na Europa da Baixa Idade Média até a Idade Moderna,<sup>40</sup> com uma harmonização entre as normas de D.R. e os costumes locais que se confunde, de certa forma, com a própria história da formação dos primeiros estados nação europeus. Os séculos XII e XIII representam o período de recepção do direito justiniano no continente. A partir desse “renascimento”,<sup>41</sup> o CIC passa a funcionar como uma referência comum, uma unidade em relação a: ordenação das diversas fontes jurídicas; objeto do estudo do Direito; ensino e difusão de conhecimento, expresso em uma língua erudita franca: o latim.<sup>42</sup> Em relação ao direito positivo, mesmo em casos nos quais não houve recepção do conteúdo material das leis romanas, a racionalidade justinianeia, muitas vezes, se impôs.<sup>43</sup> Ou seja, no ocidente, o próprio modo de se entender o fenômeno jurídico e formalizá-lo teve, em grande parte, sua origem no CIC.

A partir do século XVI, outros “renascimentos” do direito romano se dão na França - com o advento da filosofia humanista -, na Holanda e, finalmente, no século XIX, na Alemanha.<sup>44</sup> Em 1898 o *Gemeines Recht*, sistema jurídico moderno alemão, foi adotado como código civil japonês, levando o CIC para o extremo oriente.<sup>45</sup>

A primeira metade do século vinte marca um distanciamento em relação ao D.R.<sup>46</sup> Diante das novas utopias sociais que então surgiam, o corpus justiniano tornou-se um alvo fácil, uma espécie de representação do *establishment* e da tradição, ou seja, de tudo aquilo que deveria ser superado. Intelectuais, sejam de

---

<sup>39</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 37

<sup>40</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. *História das instituições jurídicas*. Belo Horizonte. Livraria Del Rey, 1982. p. 58.

<sup>41</sup> Ibidem. loc. cit.

<sup>42</sup> Ibidem. p. 59.

<sup>43</sup> WEBER, Max. WEBER, Max. *Economy and Society*. Berkely: University of California Press, 1978, p. 98.

<sup>44</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 2.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>46</sup> Ibidem, p.12

esquerda ou direita, atacaram o sistema de diferentes formas, muitas vezes contraditórias. De maneira geral os críticos, de acordo com sua ideologia, retratavam a herança romanista como: 1. Um produto de uma sociedade escravista alheio ao progresso das estruturas sociais; 2. Um sistema antidemocrático tendente a favorecer o absolutismo; 3. Um bastião do capitalismo individualista, devido ao seu caráter eminentemente obrigacional e civilista.<sup>47</sup> Um ataque explícito, por exemplo, vinha do programa do partido nazista. Os nacional-socialistas alemães alertavam que o direito romano servia “à ordem mundial materialista” exigindo a sua substituição por um direito comum germânico.<sup>48</sup>

O último século nos deixou como herança esse estranhamento entre o direito contemporâneo e a tradição. O direito romano parece, à primeira vista, ter perdido sua vitalidade. Teria se tornado uma disciplina de conteúdo “historicizado”, uma curiosidade para especialistas, com preocupações e metodologia cada vez mais próprias.<sup>49</sup> Essa postura, em princípio, não deixou de oferecer contribuições já que “permitiu a revisão de ortodoxias e mesmo a derrubada de antigos mitos”.<sup>50</sup> Mas, no longo prazo, cortou a ligação entre história jurídica e direito contemporâneo.<sup>51</sup> Uma das contribuições do período, por exemplo, foi um movimento alemão de estudo do CIC em um contexto maior de “história legal antiga”, baseado em então recentes descobertas arqueológicas.<sup>52</sup> Em que se pese a produção de novas informações, pouco foi feito como contribuição a um debate de natureza verdadeiramente jurídica.<sup>53</sup>

---

<sup>47</sup> REZEK, J.F. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995. p. 163.

<sup>48</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 8.

<sup>49</sup> ZIMMERMANN, Rheinhard. *Roman law, contemporary law, European law: the civilian tradition today*. Oxford. Oxford University Press, 2002. p. 54.

<sup>50</sup> CAENEGEM, Raoul van. *European law in the past and the future*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 35.

<sup>51</sup> Ibidem. p. 38.

<sup>52</sup> ZIMMERMANN, Rheinhard. *Roman law, contemporary law, European law: the civilian tradition today*. Oxford. Oxford University Press, 2002. p. 58.

<sup>53</sup> Ibidem. p. 33.

Se o direito clássico foi transformado em relíquia, o direito positivo também tornou-se, por sua vez, mais “a-histórico”.<sup>54</sup> O sistema justinianeu nos é apresentado dessa forma cindida, até hoje, na maior parte dos currículos acadêmicos. A realidade, porém, parece demonstrar que o CIC pode estar atuando mais uma vez como fonte viva do direito. Isso se daria em relação aos processos de unificação europeia.

Voltando à primeira fase de ressurgimento do CIC na Europa: considera-se que o processo de recepção se encerra no século XVI, com a formação dos estados europeus.<sup>55</sup> Até então, na Europa ocidental, predominava o *ius commune* (direito erudito comum com base no CIC).<sup>56</sup>

A partir daí, houve a emergência dos estados nacionais e o fortalecimento desses entes políticos com o uso e a afirmação do *ius proprium* (direito local) sobre os preceitos clássicos.<sup>57</sup> Essa construção e afirmação do que é específico seria o germe do Estado moderno (e, de certa forma, o desenvolvimento da União Europeia parece uma reversão desse movimento).<sup>58</sup> Para alguns autores, haveria até mesmo uma data para o advento da soberania como realidade sociopolítica: 1648.<sup>59</sup> A paz de Vestfália, que anunciava o fim das guerras entre católicos e protestantes, afirmou, também, o direito de cada soberano de adotar, em seu território, a religião e as leis que bem lhe aprouvessem.<sup>60</sup> Era, de certa forma, o fim de pretensões universalistas, e o início da convivência entre os diferentes.

A soberania se daria, então, quando o Estado:

---

<sup>54</sup> Ibidem. p. 4.

<sup>55</sup> ZIMMERMANN, Rheinhard. *Roman law, contemporary law, European law: the civilian tradition today*. Oxford. Oxford University Press, 2002. p. 44.

<sup>56</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. São Paulo. Max Limonad, 2000. p. 32.

<sup>57</sup> ZIMMERMANN, Rheinhard. *Roman law, contemporary law, European law: the civilian tradition today*. Oxford. Oxford University Press, 2002. p. 54.

<sup>58</sup> CAENEGEN, Raoul van. *European law in the past and the future*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 43

<sup>59</sup> Ibidem. p. 32

<sup>60</sup> Ibidem. loc. cit.



[...] não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior (...) e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo.

Ora, a “coordenação do interesse coletivo”, levou, em relação aos blocos econômicos regionais, a uma perda, a uma transigência pactuada dessa mesma soberania. Qualquer das fases de formação de um bloco econômico (área de livre comércio, união aduaneira, comunidade e união econômicas) implica limitações às partes, que entendem que a transigência de cada um se reverte em um favorecimento, ainda maior, do grupo. A principal diferença, então, entre o *ius commune* medieval e as instituições jurídicas da União Europeia é que o primeiro foi adotado, voluntariamente, por sua “superioridade às alternativas” enquanto o segundo, por sua vez, seria imposto “pelo interesse na uniformidade”.<sup>61</sup>

Como fica, então, o jogo entre soberanias na constituição do ente político “União Europeia”? Em relação à construção de uma legislação comum, qual seria, para citar um exemplo, a fonte do novo direito europeu? O lorde inglês Denning diria: “confie nos juízes, que são os guardiões da lei”; o instinto alemão poderia ser expresso por Savigny, que preferia a opinião dos “cultos doutrinadores, porque eles são os melhores guias para os meandros das leis”; a intuição francesa seria resumida pelo próprio Napoleão Bonaparte: “confie nos legisladores e tomem cuidado com os juízes e doutrinadores, esses perversores dos códigos”.<sup>62</sup>

O binômio globalização/regionalização, o equilíbrio entre o específico e o universal, seria expresso, sobremaneira, pelos difíceis processos de harmonização das legislações civis europeias e a construção de uma constituição comum. Para Stein, a solução se daria pelo federalismo.<sup>63</sup> A fórmula federalista estaria sendo adotada não só pela UE como até mesmo, internamente, por vários dos países-membros (pressionando, ainda mais, a estrutura rígida do Estado-nação). Prova disso seriam os processos de regionalização da Itália, Bélgica e Reino Unido (que

---

<sup>61</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 55.

<sup>62</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 32.

<sup>63</sup> *Ibidem*. p. 27.

passou a reconhecer governos locais na Escócia, País de Gales e mesmo na Irlanda do Norte).<sup>64</sup> Para Zimmermann, esse federalismo só seria possível porque, apesar das aparentes diferenças, sempre houve uma continuidade na evolução legal europeia, continuidade que remete, em última instância, ao antigo *ius commune*.<sup>65</sup> Zimmermann acredita, ainda, que o próprio Common Law, longe de estar excluído da evolução romanista, tem, também, se transformado em consonância com o fenômeno da harmonização jurídica europeia podendo, no futuro, tornar-se um sistema misto semelhante ao de países como Escócia e África do Sul.

Quanto à tradição didática, podem ser identificadas três abordagens para o estudo do direito romano: em sentido comum, ensinado na Alemanha (nesse país normas romanas vigiam até o advento de seu Código Civil); o estudo comparativo de institutos contemporâneos e romanos, típico da França; o estudo do Corpus Iuris Civilis, predominante nas escolas italianas, que também fazem incursões no direito romano clássico.<sup>66</sup>

### 2.2.2. Direito romano segundo Miguel Reale

Para Miguel Reale, o direito tem, como finalidade última, modelar a realidade. O Estado, que possui o monopólio do exercício legítimo da violência, exerce essa interferência por meio do instrumento da sanção. Os modelos jurídico e dogmático, contribuições originais realeanas à Teoria das Fontes, explicam algumas formas de estruturação do universo do Direito. O modelo jurídico seria composto por normas estruturadas teleologicamente - regras que, portanto, se exprimem em direção a um objetivo. Apesar de se orientar para o futuro, essa estrutura também resume uma tradição construída a partir de outras decisões já tomadas, que “pressupõe uma

---

<sup>64</sup> ZIMMERMANN, Rheinhard. *Roman law, contemporary law, European law: the civilian tradition today*. Oxford. Oxford University Press, 2002. p. 73.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>66</sup> POLETTI, Ronaldo. A ideia democrática no direito romano in *Revista de Informação Legislativa*, v.30, nº120, 120, p. 89-105, out./dez. De 1993. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176162>>. Acesso em: 22 março 2011.

forma de poder de decidir”<sup>67</sup>. Já os modelos dogmáticos atribuem significado às estruturas jurídicas existentes, seja em relação ao que a lei é (“*de lege data*”), seja o que a lei deveria ser (“*de lege ferenda*”).<sup>68</sup>

Jurisconsultos Romanos, para Reale, foram pioneiros na sistematização do Direito por atentarem para um certo padrão na dinâmica social. Valeram-se da estrutura lógica dos filósofos gregos e perceberam que, dada uma certa situação, era possível prever um tipo de comportamento. Segundo o jurista, isso pode ser traduzido pela relação entre “pressupostos fáticos” e “exigências axiológicas”, “permitindo uma representação antecipada do que vai ocorrer”. Sem essa relativa previsibilidade não teria sido possível, sequer, o surgimento do Direito que nasce, portanto, como uma forma de selecionar e controlar a conduta dos homens: um verdadeiro instrumento de “disciplina social”. Nesse sentido, a ciência jurídica seria, também, a primeira a se utilizar de “tipificações sociais”. Como a sociedade é dinâmica, os modelos jurídicos vão mudando de acordo com os “fatos” e “valores” nela existentes.

Pode-se dizer que o Direito surgiu como ciência quando os jurisconsultos romanos, com sabedoria empírica, quase intuitiva, vislumbraram na sociedade “tipos de conduta” numa dada perspectiva histórica, e criaram, como visão antecipada dos comportamentos prováveis, os estupendos “modelos jurídicos” do Direito Romano”.<sup>69</sup>

É importante destacar que Reale possui uma visão dinâmica do direito romano, que seria casuístico, buscando apaziguar conflitos sociais na medida e extensão em que surgiam. Na linguagem Realeana: a norma é consequência dos fatos e valores vigentes. Esse desenvolvimento, porém, também obedece a uma lógica interna: “condicionante naturais” e “tendências constantes” inerentes ao próprio direito. Porém, é possível, também, que a norma se antecipe ao fato e

---

<sup>67</sup> Miguel REALE (1976). Estrutura e Fundamento da Ordem Jurídica in *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará*, 20, nº 12, p. 245-252. Disponível em:

<<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/180576>> Acesso em: 22 de março de 2011.

<sup>68</sup> Ibidem. loc. cit.

<sup>69</sup> Miguel REALE (1976). Estrutura e Fundamento da Ordem Jurídica in *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará*, 20, nº 12, p. 245-252. Disponível em:

<<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/180576>> Acesso em: 22 de março de 2011.

exerça uma “função pedagógica” (Montesquieu), ensinando à sociedade, ao invés de ser apenas moldada por ela.

### 2.2.3. Instrumentalidade

Nelson Saldanha também discorre sobre a diversidade de conceitos jurídicos associados, em vários períodos históricos, à “tradição” romana. Para o autor, o que hoje chamamos “direito romano” é um amálgama de vários elementos: o *ius romanum* mais antigo, com formalidade extrema e suas *legis actiones*; o *Jus Civile*, que apresenta o amadurecimento do período clássico; e as derivações do *jus gentium* e *jus honorarium*, isso tudo ligado a uma estrutura dada pelo “conjunto de conceitos e princípios tornados modelares pelo trato secular”.<sup>70</sup>

A Alta Idade Média já teria assistido a uma série de alterações. O conteúdo romanista foi adotado de acordo com as diversas ideias jurídicas em voga:

“Mal sabiam os romanos que as expressões que usaram para designar tipos de ações ou formas de sucessão iriam ser tantas vezes reexaminadas: pelos comentadores que se seguiram a Irnerius [*fundador da escola dos glossadores*], pelos bartolistas, pelos humanistas, pelos contemporâneos de Pothier, pelos pandectistas”<sup>71</sup>.

Essa instrumentalidade do direito romano é o que Nelson Saldanha chama de “representação empiricamente alimentada”<sup>72</sup>. Para ele, o direito moderno surge principalmente como contraposição e ruptura a essa mesma ordem jurídica medieval, fenômeno correlato à formação dos estados nacionais. Assim como Hespanha, Saldanha identifica esse momento como o da criação, inspirada por elementos do direito romano, de uma filosofia jurídica supostamente mais próxima de uma ciência universal. Uma inspiração que se serviu de forma bastante ampla do conteúdo romanista. Até porque os romanos, por exemplo, nunca enfrentaram

---

<sup>70</sup> SALDANHA, Nelson. O Direito Romano e a noção ocidental de “Direito” in *Revista de Informação Legislativa*, v.20, nº 80, p. 119-124, out./dez. De 1983. Disponível em:

<<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181474>> Acesso em: 22 março 2011.

<sup>71</sup> Ibidem. loc. cit.

<sup>72</sup> Ibidem. loc. cit..

abertamente o problema da unidade do ordenamento jurídico. Para Nelson Saldanha a questão, que se encontraria “latente” nas definições de direito da época clássica, teria se tornado mais premente no início da criação de uma consciência sistemática e de uma hierarquia entre as fontes. Como “a leges” “Esta mutação, tocante ao modo de ver e rever o direito romano através das épocas, é o outro lado da permanência *exemplar* da imagem deste direito, conservado pelo Ocidente desde que, nos primórdios do medievo, o legado cristão e o legado romano se complementaram”.

O direito moderno [...] se fez secular e racionalizado, estatizado e legalista, contrariando em grande parte o direito medieval. O direito romano, que havia sido estatal mas não de todo nem sempre, racional mas não no sentido legalista do termo, tinha sido também legalista mas não tanto. A noção de direito, que no medievo guardou conotações teológicas e que integrava e incluía a experiência consuetudinária, sofreu algumas refrações ao passar aos Estados modernos. Para o pensamento jurídico moderno, tendente em forte medida ao formalismo, foi necessário assumir a “superação” dos traços medievais, tornados obsoletos dentro dos moldes modernos e contemporâneos; mas, por outro lado, foi necessário também atribuir ao conceito de direito uma dimensão de “universalidade”, que era a fim à dos universais-da-cultura dos antropólogos, e que, apesar de certos aparatos conceituais apriorísticos, se plantavam sobre uma superposição de arquétipos e imagens empíricas.<sup>73</sup>

Também Weber analisa o fenômeno de uma ampla abstração que, para o autor, é característica peculiar ao direito ocidental. Um processo que chega ao seu ápice como resposta às necessidades do desenvolvimento econômico de certos países europeus.

“Só o ocidente conheceu a “Lei Natural” e, com ela, a completa eliminação do sistema de leis pessoais e a antiga máxima de que a lei especial prevalece sobre a geral [...] Por essa razão, o estágio da lei forjada decisivamente por profissionais legais treinados não foi completamente alcançado fora do ocidente [...]. Para aqueles interessados no mercado de *commodities*, a racionalização e sistematização da lei em geral e, com algumas exceções a serem listadas posteriormente, a crescente previsibilidade do funcionamento do processo jurídico em particular constituíram uma

---

<sup>73</sup> SALDANHA, Nelson. O Direito Romano e a noção ocidental de “Direito” in *Revista de Informação Legislativa*, v.20, nº 80, p. 119-124, out./dez. De 1983. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181474>> Acesso em: 22 março 2011.

das condições de existência mais importantes para empreendimentos econômicos estáveis”<sup>74</sup>.

#### 2.2.4. Direito romano e democracia

Segundo Ronaldo Poletti, uma ideia democrática inspirada no D.R foi utilizada como estratégia de legitimação de regimes e formas de governo os mais variados, inclusive alguns bastante avessos a mecanismos efetivos de representação popular<sup>75</sup>. É o caso, por exemplo, das influências romanistas em Maquiavel e Jean Bodin.

Ironicamente, Maquiavel é um defensor parcial da democracia. A participação popular, ainda que restrita, é entendida como estratégia de legitimação da forma republicana, uma ideia sob medida para o público florentino de “o Príncipe”. Como explica Poletti:

“À primeira vista, Maquiavel exalta o realismo político com que justificaria as razões de Estado e as ações cruéis e imorais necessárias à conquista ou à manutenção do poder [...]. Seu realismo político, porém, que conduz àquela redução técnica a serviço do poder, não afasta a ideia democrática, de igual maneira concebida como uma técnica de buscar a estabilidade política.”<sup>76</sup>

A tensão entre Maquiavel e Boudin refletiria a dinâmica entre o estado moderno (já representado por Maquiavel) e a monarquia como expressão de um “poder supremo”. Para o florentino, a organização política romana deveria ser compreendida a partir dos tribunos da plebe, verdadeiros guardiões das liberdades romanas. Já o francês entende que a soberania não pode ser dividida mas, sim, delegada. “O soberano não pode estar sujeito a outro: o soberano (povo ou príncipe) é *legibus solutus*”<sup>77</sup>. Roma, para portanto, não apresentaria um modelo misto, mas

---

<sup>74</sup> WEBER, Max. *Economy and Society*. Berkely: University of California Press, 1978, p. 883.

<sup>75</sup> POLETTI, Ronaldo. A ideia democrática no direito romano in *Revista de Informação Legislativa*, v.30, nº120, 120, p. 89-105, out./dez. De 1993. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176162>>. Acesso em: 22 março 2011.

<sup>76</sup> Ibidem. loc.cit.

<sup>77</sup> POLETTI, Ronaldo. A ideia democrática no direito romano in *Revista de Informação Legislativa*, v.30, nº120, 120, p. 89-105, out./dez. De 1993. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176162>>. Acesso em: 22 março 2011.

seria “uma república democrática”, com a soberania residindo no povo com os cônsules e o Senado atuando, apenas, como “executores dessa vontade”<sup>78</sup>. Como a soberania é absoluta e não pode ser fracionada, ela é exercida, em sua integralidade, pelo povo, príncipe, ou aristocracia. A opção pessoal de Boudin, porém, é pelo príncipe.

### 2.2.5. A centralidade das leis no direito romano

Em um outro momento, mais propriamente ao analisar a sociedade do Antigo Regime, Antônio Hespanha aborda outro aspecto da “imagem total” do D.R: a questão da centralidade do direito posto pelo Estado como elemento regulador das relações sociais. Segundo o autor português essa concepção atua muitas vezes como um convite ao anacronismo. Quando pensamos na sociedade contemporânea, invocamos o “primado da lei, [...] ideia – que é muito comum entre os juristas – de que o mundo é um grande código e que, para conhecer o mundo, basta conhecer os códigos”<sup>79</sup>. É uma crença em uma realidade formal que regula e ordena a dinâmica material de forma exauriente, o que se aproxima do mito da completude jurídica expresso durante a era dos grandes códigos. Concepção posterior à Revolução Francesa e, portanto, relacionada, equivocadamente, com o Antigo Regime e Roma, o que é demonstrado pela máxima invocada de que o “que não está nos autos (livros) não está no mundo do ordenamento jurídico” (“*quod non est in actis (libris) non est in mundo*”). Hespanha alerta que para os “antigos” (do *ancien régime*) os “livros” não se referiam, necessariamente, ao direito posto e oriundo de fonte estatal:

[...] os livros de que eles falavam não eram os códigos de leis; eram os livros de doutrina jurídica, aquilo a que, então se chamava o “direito comum” (“*ius commune*”). Por um lado, estes livros, que já tinham muito pouco a ver com os textos de direito romano ou

---

<sup>78</sup> Ibidem p. 105.

<sup>79</sup> Antônio Manuel HESPANHA (2005). Depois do Leviathan in Almanack Braziliense, nº 05, p. 55-66, maio de 2007. Disponível em:  
<[http://www.almanack.usp.br/neste\\_numero/n01/index.asp?tipo=artigos&edicao=5&conteudo=198](http://www.almanack.usp.br/neste_numero/n01/index.asp?tipo=artigos&edicao=5&conteudo=198)>  
Acesso em: 22 março 2011.

canônico (sic), a bem dizer não tinham nada a ver com as leis do reino.<sup>80</sup>

Hespanha discorre sobre as dificuldades de fazer valer seu ponto de vista devido ao predomínio, nos círculos acadêmicos, de uma concepção historiográfica liberal, que apresenta uma interpretação das sociedades medievais como especialmente opressoras com o intuito de destacar o papel libertador da chamada “Era das Revoluções” (Hobsbawm). O autor relata como exemplo que, apesar da rigidez do direito penal lusitano da idade média, a pena de morte, nesse reino, era executada em raríssimos casos.

## 2.2.6. Oriente e ocidente

Um exemplo profícuo de construção coletiva do discurso são as percepções a respeito de outros espaços de interação social. Em seu livro "Orientalismo", Edward Said descreve uma concepção de oriente como criação cultural, um critério que ajudou a definir, por contraposição, a visão que o ocidente expressava a respeito de si próprio. Said afirma que “oriente ajudou a definir a Europa (ou a ideia de ocidente)”:

“O oriente, ao mesmo tempo que é uma criação imaginativa europeia, também faz parte integral da matéria dessa mesma cultura e civilização. Orientalismo é uma expressão cultural e mesmo ideológica como um modo de discurso de apoio representado por instituições, vocabulário, conhecimento, imagens, doutrinas e mesmo burocracias e estilos coloniais”.

Daí a força do caráter formativo, quiçá coercitivo, das ideias a respeito do que é o outro e, por consequência, do que seríamos nós. Da mesma forma que “oriente”, o conceito de “ocidente” também se presta a ressignificações úteis. Ideias que reforçam um tipo específico de autoimagem como a da estabilidade das instituições ocidentais. Uma tradição veneranda e reforçada pelos anos que não exclui, mas antes reforça e empresta legitimidade a um constante desenvolvimento evolucionário. São percepções implícitas, como a da superioridade natural dos

---

<sup>80</sup> Antônio Manuel HESPANHA (2005). Depois do Leviathan in Almanack Braziliense, nº 05, p. 55-66, maio de 2007. Disponível em: [http://www.almanack.usp.br/neste\\_numero/n01/index.asp?tipo=artigos&edicao=5&conteudo=198](http://www.almanack.usp.br/neste_numero/n01/index.asp?tipo=artigos&edicao=5&conteudo=198)> Acesso em: 22 março 2011.



modelos universalizáveis, sinônimos de “civilização”: o bicameralismo, a tripartição dos poderes, a democracia representativa...

O direito romano é mito basilar da ideia e mesmo, de certa forma, do sentimento associado àquilo que foi, é e será ocidental. Mesmo que o prolongamento daquilo a ser considerado “ocidente” se estenda milhares de anos além, em um tempo e lugar absolutamente alheios à suposta origem histórica do modelo. É um arquétipo facilmente identificável, de identidade e fungibilidade imediatas, que permite definições como visão otimista de Darcy Ribeiro sobre o que é ser brasileiro:

“[...] apesar de tudo, somos uma província da civilização ocidental. Uma nova Roma, uma matriz ativa da civilização neolatina. Melhor que as outras, porque lavada em sangue negro e em sangue índio, cujo papel, doravante, menos que absorver europeidades, será ensinar o mundo a viver mais alegre e mais feliz”.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro* – a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras. p. 265.

### 3. ESTRATÉGIAS DE LEITURA

#### 3.1. Análise do discurso em Foucault

Para a análise discursiva, Foucault sugere a utilização de quatro ferramentas conceituais ou instrumento metodológicos. O primeiro seria o da inversão, que consiste em subverter aquilo que, tradicionalmente, é reconhecido como a origem do conteúdo de determinado discurso. A inversão é resumida pela palavra “criação”, que se contrapõe à “acontecimento”<sup>82</sup>. Outro princípio é o da descontinuidade, que propõe que seja abandonada a tendência cultural de se compreender a fala como uma extensão natural de um todo predeterminado. A palavra síntese, aqui, é “série”, em oposição a “unidade”. Um terceiro conceito, corolário, talvez, do segundo, é o da especificidade, que visa resguardar o sentido próprio do discurso, que não necessariamente tem de “ser cúmplice de nosso conhecimento”.<sup>83</sup> A especificidade é resumida por “originalidade”, em um sentido contraposto ao de “regularidade”. A exterioridade, o último princípio, se refere à busca pelas inter-relações centrípetas de construção de significados, uma dinâmica externa independente, ditada pelo próprio discurso e não por nossas considerações a respeito dele. A ferramenta conceitual é sintetizada por “condição de possibilidade” *versus* “significação”.<sup>84</sup>

Assim, as ferramentas conceituais de Foucault podem ser aplicadas, sobremaneira, à análise dos processos de ressignificação do D.R. A primeira delas, a inversão (criação x acontecimento), dá conta de que o conteúdo romanista não seria um fato autônomo, mas algo elaborado com vistas ao objetivo da legitimação da ordem vigente: fato presente nas diglossias jurídica, discursiva e de Estado. A segunda, descontinuidade (série x unidade), se relaciona à ideia de ruptura no processo de desenvolvimento do direito posto. A terceira ferramenta, especificidade

---

<sup>82</sup> FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Editora Loyola, 1999. p. 84.

<sup>83</sup> Ibidem. loc. cit.

<sup>84</sup> FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Editora Loyola, 1999. p. 84.

(originalidade x regularidade), ao questionar a unidade discursiva, corrobora, da mesma forma, o mesmo fenômeno de ruptura. Já a quarta, a exterioridade (condições de possibilidade” x “significação”), poderia contribuir para o entendimento dos limites e da extensão das possibilidades dos processos de ressignificação do direito romano. A diglossia, portanto, é assimilável ao sistema de Foucault, podendo ser entendida como invertida, descontínua, específica e limitada por sua exterioridade.

### 3.2. O desconstrutivismo de Derrida

#### 3.2.1. “Metafísica da Presença”

Os processos de ressignificação se relacionam com o que Derrida chama de “metafísica da presença”. Fenômeno que, para o filósofo, se encontra no cerne, na matriz de ser da filosofia ocidental.

Sabemos que, segundo Saussure, o significante é uma percepção sensória como, por exemplo, a palavra falada quando ouvida ou a palavra escrita quando vista. O significado, por sua vez, é o conceito, a ideia associada à percepção sensória. Já o signo é a unidade que reúne significante e significado, como acontece com a palavra, digamos “gato”. Dessa forma, o signo possui dois aspectos: um sensível; outro, inteligível.

Tanto a fala como o texto dependem de significantes. Porém, para Derrida, o discurso oral apresenta uma “presença completa”<sup>85</sup> enquanto que o texto escrito depende, por sua própria natureza, da ausência. A presença completa é espacial, definida pela proximidade ou adjacência e, concomitantemente, temporal, porque o discurso é proferido ao vivo, no mesmo instante, sem lapsos ou adiamentos.

---

<sup>85</sup> COLLINS, Jeff et MAYBLIN, Bill. *Introducing Derrida*. London: Omnibus Business Centre, 2011. p. 51.

A fala seria o meio de comunicação no qual a expressão estaria o mais perto possível do pensamento/ ideia/ significante e, portanto, da verdade. Um exemplo estaria presente no processo jurídico, que, apesar de fortemente baseado na escrita, não prescinde da oralidade em certos momentos importantes, como na fase dos depoimentos ou da própria prolação da sentença. O mesmo ocorre nas reuniões de órgãos colegiados: as atas são lavradas por escrito; são validadas, porém, apenas no dia seguinte, após leitura em voz alta.

Essa autoridade da fala, ou fonocentrismo, é o que Derrida chama de “metafísica da presença”.

O poder do *logos*, do discurso vivo, na presença e sob o controle de quem fala, está na razão direta de sua proximidade para com a origem, entendida como função de uma *presença plena*, a do *pai do discurso* ou, como se diz modernamente, o “sujeito falante”. Isso configura o que Derrida, no rastro de Heidegger, chamou de “metafísica da presença”, ou seja, o privilégio da presença como valor supremo, em prejuízo de qualquer diferimento, repetição ou *diferença* em todos os sentidos do termo.<sup>86</sup>

A metafísica da presença é, portanto, condição necessária para a autoridade do discurso. No entanto, essa ideia de Derrida parece contrariar nossa experiência. Afinal de contas, toda a filosofia ocidental se apoia em textos. A autoridade do pensamento de Kant, por exemplo, é, hoje em dia, baseada apenas no poder de registros escritos. Como então justificar o fonocentrismo?

O truque que Derrida apresenta é o de afirmar que a metafísica da presença continua sempre atuante graças ao fato de que o texto se esconde como meio. É como se confundíssemos a fala do autor com a leitura de sua produção literária. Esse mecanismo é chamado de “supressão do significado”.

Em linhas gerais, o movimento de ocultação da “supressão do significado” é necessário para que o texto se apresente como se fosse a própria expressão viva de um pensamento (usurpando, portanto, a autoridade fonocêntrica). Melhor ainda: como se fosse o próprio pensamento (se tornando o significante). Para atingir esse objetivo, a palavra escrita que depende da ausência física do emissor, jamais se

---

<sup>86</sup> NASCIMENTO, Evandro. *Derrida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 21.

revela como meio, artificialidade ou construção. Por intermédio da “supressão do significado”, esse significante comete uma espécie de parricídio e assume a autoridade da palavra emitida, *in loco*, pelo autor.

Como a contribuição de Derrida poderia ser aplicada à compreensão dos processos de ressignificação do direito romano? Primeiro: a questão da autoridade. Pela força da tradição, aquele que diz o direito (*juris dicere*) de forma “original” e em tempos imemoriais é o ente (expresso ou não) cuja presença metafísica se evoca na produção e interpretação normativas. Segundo: a questão fonocêntrica, relativa à ao espaço e ao tempo concomitantes à fala. A ressignificação do material romanístico nos assegura que os romanos estão aqui, agora, nos transmitindo uma herança: uma filosofia jurídica, um *corpus* de soluções de regulação social aprimorado pelos séculos – conteúdo perene que é base e norte imprescindíveis para o processo civilizatório. Terceiro: a supressão do significado. Podemos dizer, também, que nossas leis se escondem como meio e artificialidade, se apresentando absolutas, como expressões unívocas e inequívocas de uma verdade maior. Quarto: a questão da diglossia. Se significante “parricida” toma o lugar e a autoridade do emissor, outros signos, que não essa sorte, passam a existir sem o mesmo *status*, condenados a uma existência ambígua, a uma expressão não-oficial. Diante do exposto é possível refletir que a diacronia e o deslocamento indicados por Hespanha não são acidentais: fazem parte da natureza mesma daquilo que chamamos de direito.

### 3.2.2. “Diferência” e não significação

O estruturalismo linguístico de Saussure, mais conhecido como semiótica, apresenta, porém, um jogo mais complexo do que a simples relação entre um significante e significado. Assim como uma moeda pode ser trocada por um pão, um significante é um veículo de algo não similar a si próprio. Mas, para a semiótica, os signos também se constroem partir de suas relações mútuas. Palavras usadas para expressar ideias relacionadas umas com as outras limitam-se reciprocamente sendo, também, enriquecidas por esse contato. Assim, Saussure destaca uma dinâmica

relacional inerente aos processos de significação, chegando a afirmar que “na linguagem só existem diferenças”.<sup>87</sup>

Seja ao observar significante ou significado, a linguagem não possui nem ideias nem sons que existiram fora do sistema linguístico, mas apenas diferenças fônicas e conceituais que surgiram a partir do próprio sistema. A ideia ou substância fônica contida por um signo tem menos importância do que os outros signos a sua volta. Prova disso é que o valor de um termo pode ser modificado sem que seu sentido ou som seja modificado, apenas porque um termo vizinho foi também modificado.<sup>88</sup>

Derrida, da mesma forma que Saussure, entende o sistema linguístico de maneira relacional. Ele explica que as diferenças entre, por exemplo, as palavras “cão”, “mão”, e “pão” se dão porque, digamos, a letra “c” ao estar presente exclui o “m” e “p”. No entanto, em cada uma dessas palavras, as letras excluídas estariam atuando como possibilidade, o que é chamado de “traço”. Assim, linguagem se mostraria como uma trama ou algo “têxtil”<sup>89</sup> entre aquilo que está e não está ali. Essa estranha presença pela ausência se aplicaria, também, aos conceitos filosóficos trazendo uma instabilidade não reconhecida, mas inerente ao sistema.

Derrida age de forma deliberadamente subversiva. Isso porque o filósofo argelino se interessa, sobremaneira, na subversão da própria noção de “categoria” como base da filosofia ocidental. A produção derridariana almeja, segundo seu próprio autor, atuar como “vírus” ou “código de decodificação” que visa “introduzir a desordem no processo comunicativo”. Derrida se dedica, portanto, à desconstrução sistemática de dualidades clássicas na filosofia como mente/ corpo (Descartes), forma ideal/ cópia (Platão) ou presente/ passado e futuro (Husserl). Seu objetivo é expor esses binômios como uma busca paradoxal por “absolutos impossíveis”. Segundo Derrida, uma manifestação da impossibilidade como princípio é o fato de que a filosofia depende de seu próprio insucesso para sobreviver: o processo

---

<sup>87</sup> Saussure, Ferdinand. *Course in General Linguistics*. New York, Philosophical Library, 1959. pg 120.

<sup>88</sup> Ibidem. loc. cit.

<sup>89</sup> COLLINS, Jeff et MAYBLIN, Bill. *Introducing Derrida*. London: Omnibus Business Centre, 2011. p. 70.

filosófico deixaria de existir caso solucionasse todos os seus problemas de forma evidente e definitiva. Descartes, Freud, Marx e muitos outros foram vítimas preferenciais da iconoclastia desconstrutivista.

Esse papel subversivo encontra expressão no conceito de “diferência”, uma distorção deliberada da “diferença” percebida por Sausurre como condição necessária para existência da linguagem. É o ataque de Derrida contra o fonocentrismo. “Diferência”, no original francês “*différance*”, é pronunciada de forma idêntica à “diferença” (“*différance*”) de Sausurre. O que distingue as duas palavras, portanto, não é a fala, mas tão somente a expressão escrita. Mas a função, ou desfunção, do conceito derridariano é atuar como um “indecidível”, como um significante fluido, que jamais se resume a um significado, negando a escolha interpretativa necessária para a compreensão do signo. É por esse motivo que as idéias de Derrida foram também chamadas de “filosofia da hesitação” ou “filosofia sobre o nada”.

Assim, segundo seus críticos, Derrida estaria pervertendo, por intermédio de jogos de linguagem, a integridade da busca filosófica. Seu trabalho foi descrito como “causa de constrangimento silencioso entre seus colegas franceses”<sup>90</sup>, “conjunto de piadas e trocadilhos elaborados”<sup>91</sup> e “objeto de ridículo”<sup>92</sup>. A princípio, a filosofia da hesitação parece padecer do paradoxo já encontrado, há milênios, entre os sofistas: quando o pensador ataca o sistema como um todo, ou a possibilidade mesma de uma verdade, retira os fundamentos de credibilidade de sua própria assertiva.

A abordagem derridariana, porém, revela o que tem de melhor quando utilizado como ferramenta de interpretação. Não é à toa que, embora rechaçado pelos departamentos de filosofia, tenha sido acolhida prontamente pelos acadêmicos que se dedicam ao estudo da literatura. Na verdade, o desconstrutivismo está interessado na explosão textual em toda a sua possibilidade de significações. Para Derrida, os paradoxos presentes no texto estão longe de impedir possibilidades de

---

<sup>90</sup> Ibidem. p. 51.

<sup>91</sup> Ibidem. loc. cit.

<sup>92</sup> COLLINS, Jeff et MAYBLIN, Bill. *Introducing Derrida*. London: Omnibus Business Centre, 2011. p. 75.

significação. Pelo contrário, são os próprios elementos, os eventos intrínsecos do processo de produção de significados. A desconstrução não seria, portanto, uma ação que o crítico executa sobre o texto, mas um fenômeno interno observado por esse mesmo crítico. Ainda que pareça um paradoxo, a idéia é que a invenção de novos significados seja absolutamente necessária para a verdadeira compreensão do significado original de qualquer texto.

Portanto podemos, mais uma vez, utilizar-nos da contribuição de Derrida como modelo dos processos de reconstrução de significados da herança jurídica romana. No caso da diglossia jurídica, as soluções jurídicas paralelas seriam um “traço” que, presentes por sua ausência, atuariam também como elementos definidores do direito posto oficial. Também não seria o próprio direito uma busca incessante por “absolutos impossíveis”? Isso explicaria a necessidade de convivência entre espaços de significação oficial e extraoficial. Poderia, portanto, a resignificação não ser deturpação ou acidente mas, pelo contrário, parte da própria essência do direito romano? De qualquer forma, as palavras indicadas por Hespanha, como “honra” ou “família”, podem ser entendidas como “indecidíveis” sendo resignificadas, portanto, a cada nova apropriação. Para Derrida esse processo não seria de modo algum accidental, já que, com já vimos, todo vocabulário padece de uma instabilidade inerente ao sistema. Talvez então seja útil, para fugirmos ao perigo do anacronismo, promover não mais apenas a compreensão de conceitos mas, também, uma alusão a possibilidades diversas de significação. Ou a “diferências” que, alijadas da “presença” do orador original, possibilitariam um jogo de semiose infinita. Essa abordagem, longe de alijar o vocabulário jurídico de sua precisão em certos contextos, consideraria uma miríade de possibilidades e, mais importante, o fato de que qualquer linguagem é, antes de tudo, um fenômeno vivo, não podendo a compreensão, portanto, dar-se de forma absoluta e unívoca, esgotada sob uma forma específica de apreensão.



## 4. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

### 4.1. Origens

O direito romano positivo já nasce amparado pela tradição. Surge honorável e antigo e seu conteúdo, para todos os efeitos, nunca foi criado e sempre existiu. Justifica-se por seus próprios méritos porque a lei, como afirma Cícero, é a “justa razão em comandar e proibir”<sup>93</sup>. Razão cujos detentores, de início, são sacerdotes, o que confirma sua origem divina. A narrativa do surgimento da norma romana escrita, “composto sabe-se lá de quantas partes de lenda e de verdade histórica”<sup>94</sup>, é o marco zero de um processo civilizatório que, para muitos, constitui verdadeiro mito de origem da ciência jurídica. Atribui-se, a Roma, não a invenção do direito escrito mas, sim, a criação dos primeiros princípios jurídicos. E “princípios, ao contrário de regras, são férteis”<sup>95</sup>, o que explicaria a longevidade do direito romano. Se, como afirma Eric Voegelin, “a ordem da história emerge da história da ordem”<sup>96</sup>, a criação da Lei das XII Tábuas poderia ser vista como um primeiro símbolo ordenador do direito e, por consequência, de uma ordem social mais próxima daquilo a que nos acostumamos a chamar, hoje, de “Estado”.

Durante todo o período monárquico e o início da república os romanos eram regulados pelo costume. Esse costume era considerado uma herança cultural, parte do que definia a própria identidade de Roma, um conjunto de leis orais sagradas guardado por um grupo de aristocratas sacerdotes: o Colégio Pontífice. Todos os pontífices pertenciam à classe alta, a patrícia, e possuíam a prerrogativa de “interpretar a vontade dos deuses, tanto nos assuntos referentes ao Estado como

---

<sup>93</sup> KELLY, J.M.. *A Short History of Western Legal Theory*. Oxford. Oxford University Press, 2001. p. 53.

<sup>94</sup> NICHOLAS, Barry. *An Introduction to Roman Law*. Oxford. Oxford University Press, 1975. p. 37.

<sup>95</sup> Ibidem. p. 1.

<sup>96</sup> E. VOEGELIN, *Order and History*, vol. I, *Lousiana State University Press*, 1956, p.23.

nos referentes à aplicação da justiça”.<sup>97</sup> Obedecer a essas normas, a *Ius Civile* (lei dos cidadãos), era dever de todo o romano, de todo habitante do que era, então, uma pequena cidade-estado (*civitas*). Na monarquia, a classe baixa, a dos plebeus, simplesmente não possuía representação. Havia, além da figura do rei, o senado – composto pelos chefes de clãs patrícios (*paterfamilias*) - que tinham o poder de veto ou ratificação sobre as decisões das assembleias (*comitia*), também compostas exclusivamente por patrícios.

Portanto o primeiro discurso jurídico de Roma traz, em si, a expressão de uma verdade divina. Os julgamentos proferidos pelo Colégio Pontífice eram intrinsecamente bons, belos e justos por trataram-se da revelação direta de uma dimensão superior. Foucault discorre sobre a ordem discursiva de sociedades regidas por esse amálgama indiferenciado entre o sentimento religioso, política e direito:

“O discurso verdadeiro — no sentido forte e valorizado da palavra —, o discurso verdadeiro pelo qual se tinha respeito e terror, ao qual era necessário submeter-se, porque reinava, era o discurso pronunciado por quem de direito e segundo o ritual requerido; era o discurso que dizia a justiça e atribuía a cada um a sua parte; era o discurso que, profetizando o futuro, não apenas anunciava o que haveria de passar-se, mas contribuía para a sua realização, obtinha a adesão dos homens e desse modo se entretencia com o destino”.<sup>98</sup>

Se, de fato, os julgados dos pontífices foram acatados como expressão da “Verdade”, fenômenos de diglossia não se fizeram, então, necessários pelo simples fato de que, ao direito e ao Estado, sequer cabiam justificar-se. Seja mito ou realidade histórica, a positivação do direito romano, sua transformação de *jus* em *lex* ocorrida no início da República, é, não por acaso, marcada por uma história de tensão social.

Não se sabe exatamente como se deu a queda do último rei romano, conhecido como Tarquínio, o Soberbo. O surgimento da Lei das XII tábuas, já no início da república, também é envolto em lendas. A mais corrente é de que o código

---

<sup>97</sup> ROLIM, Luiz Antônio (2003). *Instituições de Direito Romano*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, p. 41.

<sup>98</sup> FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Editora Loyola, 1999. p. 32.

surgiu a pedido dos plebeus, que estavam cansados das decisões sacerdotais sempre tendentes em favor dos patrícios. Eles desconfiavam que as convenções invocadas pelo Colégio Pontífice pudessem carecer de legitimidade. Suspeitavam que os usos e costume invocados para a solução de lides eram, na verdade, invenções de última hora dos pontífices. Nota-se, aqui, que legitimidade é sinônimo de tradição. “É improvável que, em substância, as XII tábuas divergissem muito do direito costumeiro tradicional.”<sup>99</sup> A demanda dos plebeus é a transformação do *ius*, o direito invocado, em *lex* (*legere* – “ler em voz alta”), o direito escrito.<sup>100</sup> O que se deseja é a fixação dos costumes imemoriais, que possuem valor e se impõem de forma cogente por seus méritos intrínsecos.

Já no início da república romana temos um dos primeiros exemplos da chamada diglossia jurídica. É necessário entender que, em Roma, uma pessoa era vista, antes de tudo, como pertencente a um grupo. A lei considerava a família como uma unidade autônoma, chefiada pelo patriarca – o *paterfamilias*-, não interferindo no que acontecia dentro dela. Pela lei das XII tábuas o filho, independente de sua idade, só alcançaria a emancipação com a morte do pai. Isso mantinha sujeitos juridicamente incapazes com idade até mesmo adiantada. Homens e mulheres que aguardavam, ansiosamente, a morte de um *paterfamilias* ancião - o que induzia, segundo registros históricos, até mesmo ao parricídio.

Surgiu, porém, uma solução. O patriarca podia dispor de sua família como *res* – coisa, inclusive para vendê-los como escravos. Se, por duas vezes o *paterfamilias* vendesse o filho e, e este, por duas vezes fosse libertado, ele continuaria sob o jugo paterno. Se vendido, porém, uma terceira vez e, novamente, tornado livre, o filho adquiria, finalmente, a emancipação. O pai, então, poderia fazer uma “venda fingida”<sup>101</sup> do filho a um amigo, que o compraria e o libertaria três vezes, tornando o filho um cidadão. Para filhas e netos de ambos os sexos,

---

<sup>99</sup> KELLY, J.M.. *A Short History of Western Legal Theory*. Oxford. Oxford University Press, 2001. p. 73.

<sup>100</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 27.

<sup>101</sup> Ibidem. p. 29.

convencionou-se que seriam emancipados apenas com uma venda e uma libertação.

#### 4.2. Os remédios jurídicos

Durante a maior parte da república romana, o desenvolvimento jurídico se deu não tanto pela via da produção normativa e, tampouco, pela interpretação das normas já existentes. O fator de maior contribuição às modificações do direito seria o exercício e controle de algo próximo do que chamamos hoje de “remédios jurídicos”.

O processo jurídico típico em Roma é caracterizado por um extremo rigor técnico e formal. Isso, provavelmente, devido à origem religiosa e, portanto, ritualística do próprio direito romano. Havia, durante a república, um número bastante limitado de formas processuais, todas iniciadas com a declaração de fórmulas verbais, pelo querelante, diante do magistrado e do acusado. A ação, ou “*legis actiones*”, só poderia se dar em dias específicos. Qualquer vício formal implicava uma declaração de improcedência e, portanto, a perda da demanda.

Originalmente, os magistrados eram os dois cônsules que substituíram os monarcas após a queda do último rei de Roma. Eram eleitos anualmente e o exercício da jurisdição se dava como uma extensão natural de seus deveres de estado. A administração da justiça era apenas uma parte dos deveres consulares, o que explica o relativo “engessamento” formal do direito, a pequena ocorrência de inovações jurídicas oficiais. A evolução normativa, portanto, era praticamente inexistente, mas, como se verá abaixo, devido à inevitável necessidade, mutações legais eram permitidas, desde que fosse preservada a aparência de estabilidade do direito preexistente.

A partir do século IV AC, com a expansão de Roma e o aparecimento de juízes –*iudex* –, surgiu, também, o primeiro agente público encarregado unicamente do auxílio judiciário: o pretor. Eleito anualmente, sem necessariamente possuir experiência anterior em direito, ele fiscalizava os dois estágios do trâmite processual romano: a categorização do conflito em termos legais e o julgamento em si. Para se

dar início ao processo manteve-se o tradicional formalismo; o julgamento, porém, possuía um procedimento relativamente mais livre.

Uma inovação importante ocorre a partir da segunda metade da república: as partes, diante do pretor, poderiam formular a acusação e defesa em suas próprias palavras. Ele, então, sintetizava os argumentos em um documento – a fórmula – que era selada e enviada ao *iudex*. O *iudex* baseava seu julgamento nos termos da fórmula podendo, se necessário, recorrer ao auxílio de um grupo consultores – *consilium* – para ajudá-lo. Não muito mais tarde as partes passaram a contratar retóricos para representá-las perante o *iudex*.

Quem “declarava a lei” – *ius dicere* – era, porém, o pretor, que apontava soluções, “remédios jurídicos”, para cada situação específica. Caso não houvesse essa solução na lei, poderia ele criar um remédio novo, uma espécie de jurisprudência. Como afirma Nicholas, “quem controlava a produção de remédios controlava o desenvolvimento jurídico”.<sup>102</sup> Porém, as inovações não eram consideradas, formalmente, uma nova lei. Na verdade, eram apresentadas, de forma disfarçada, como expressões, corolários, do direito positivo. Oficialmente, o pretor não possuía competência para produção legislativa mas, na prática, era como se assim o fosse.

Um exemplo: digamos que Tício, de acordo com a Lei das XII tábuas, ainda não pudesse ser proprietário. Jamais seria permitido, ao pretor, contrariar a tradição. Seria possível, porém, obter, por meio de uma ação alternativa, tratamento a Tício de detentor provisório do direito de posse, até que se cumprisse o prazo para que ele se tornasse, formalmente, proprietário *iuris et iure*. Em suma, cabia, ao pretor, analisar cada caso concreto – se houvesse a percepção de que existia a necessidade social e a devida aceitação popular, criava-se, embutido na fórmula, um novo entendimento e, até mesmo, um novo instituto. Executava-se, portanto, o

---

<sup>102</sup> NICHOLAS, Barry. *An Introduction to Roman Law*. Oxford. Oxford University Press, 1975. p. 47.

“disfarce da inovação” <sup>103</sup>, já que a condição *sine qua non* era a preservação de uma imagem de imperturbável continuidade da antiga ordem normativa.

O pretor, no início de seu mandato anual, publicava um edito no qual apresentava, de antemão, algumas circunstâncias para as quais garantiria uma fórmula. Os futuros litigantes poderiam, então, ao analisar os vários argumentos, requerer a fórmula sob encomenda, o que trazia certa previsibilidade e estabilidade jurídicas. O trabalho do pretor permitia, ao mesmo tempo, a subsunção - a adaptação da norma aos casos concretos – aliada à criação de uma flexibilidade impossível de se obter com a simples leitura da lei. Outro exemplo: um contrato formalmente perfeito, porém eivado de vício de vontade, seria inquestionável pela Lei das XII tábuas. No fim da república, porém, graças ao uso da fórmula, tornou-se possível alegar a nulidade de negócios jurídicos celebrados por coação ou fraude, o que liberava a vítima de qualquer obrigação (*exceptio*), ou reestipulava seu objeto, tornando-o mais razoável e aceitável usando-se o bom senso, “de acordo com a boa-fé” (*ex fide bona*).

Em 326 AC, a lei Poetelia Papiria põe fim ao *nexum* e, a partir de então, a dívida não mais incide sobre a pessoa do devedor mas, apenas, sobre seu patrimônio. A execução, agora, se dá somente sobre bens. O *iudex*, portanto, só proferirá decisões sobre a obrigação de pagar. Mas o pretor, com o uso de uma nova intervenção (fora das fórmulas convencionais) poderá, só ele, ordenar o *inderdito*: uma decisão sobre obrigações de fazer ou não fazer. Considerado um remédio extraordinário, o interdito em sua forma mais drástica será chamado *restituto in integrum* – uma espécie de *exceptio* extremado que, além de isentar o devedor coagido ou fraudado, irá restituir o *status quo* inicial obrigando o desfazimento de todas as consequências do negócio jurídico viciado. É importante notar que o pretor usava o *restituto* com extrema cautela, porque, se banalizado, poderia causar insegurança jurídica, minando a própria estabilidade, ou imagem de estabilidade, do direito.

---

<sup>103</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 32.

Mais uma mostra de como se davam as reformas legais no direito romano: a questão da maioridade. Na realeza, qualquer menino de quatorze anos, se liberto de seu *paterfamilias*, possuía plena capacidade civil. As relações sociais na república, porém, eram mais complexas, e nada garantia que o menino não viesse a ser enganado por, digamos, um mercador esperto. A solução lógica seria aumentar o limite para a maioridade. Lembremos, contudo, do excepcional apego dos romanos à tradição – a letra da lei, como sempre, não poderia ser mudada diretamente. Qual seria, então, a solução de compromisso? Será sempre aquela que introduz a inovação mas preserva, ao mesmo tempo, a tradição. A maioridade continuou a se dar ao quatorze. Porém, o pretor usava o *restituto* quando considerava que, no caso concreto, alguém poderia se aproveitar da ingenuidade de um jovem de idade inferior a vinte e cinco anos. Na prática, as pessoas se negavam a realizar negócios com um cidadão nessa faixa etária, ao menos que ele fosse “assistido” por um consultor independente.

A inflexibilidade do direito oficial não era, porém, absoluta. Com o passar do tempo mesmo algumas inovações dos pretores consagradas por uma fórmula repetida em diversos éditos poderiam, finalmente, ser reconhecidas como lei. Isso ocorreu a partir da segunda parte da república, dando origem ao chamado *ius honorarium*. Essa pequena válvula de escape não invalida a ideia de que, no direito romano, havia uma verdadeira obsessão pela lei escrita e sua estabilidade. As alterações legais, afinal de contas, só podiam ser aceitas quando, devido a seu uso intenso por gerações, já houvessem se tornado, por si mesmas, tradicionais.

#### 4.3. A lei natural e o *ius gentium*

“Da lei somos escravos para que possamos ser livres” - “*legum servi sumus ut liberi esse possimus*”.<sup>104</sup> A lei civil era, pela própria definição de Cícero, o suposto instrumento justo e necessário de resolução de conflitos entre cidadãos. Instrumento que, supostamente, serve e é legitimado pelo *populus* – o povo romano. Mas, e se a

---

<sup>104</sup> CICERO, Marco Túlio. *Da Republica*. São Paulo: Edipro, 2011. p. 78.

lide envolvesse um bárbaro? Quando os estrangeiros eram mais raros e litigavam com e/ou contra cidadãos, “fingia-se”,<sup>105</sup> para todos os efeitos, que ambas as partes eram romanas. Solução que, mais uma vez, se opera no espaço permitido pela diglossia jurídica. Espaço em que um direito prático, efetivo e eficaz, existe em contrário à lei oficial sem que a antinomia seja, sequer, reconhecida.

Essa prática durou até o século III AC, até a queda de Cartago, quando Roma começa a expressar, de fato, sua vocação internacionalista. Surge, a partir de então, a necessidade se reconhecer algum status específico para o estrangeiro – chamado “peregrino”- que se relaciona juridicamente com o Estado ou o cidadão privado romanos. Em 242 AC é criado, então, o cargo de “pretor dos peregrinos”, enquanto o pretorado comum passa a ser chamado de “pretorado urbano”.

A divisão entre direito do estrangeiro e do cidadão obrigou aos juristas a um exercício de reflexão, a uma tentativa de, pela primeira vez, separar e formalizar o que seria, na lei civil, específico do povo romano daquilo que expressasse um caráter universal. Se é verdade que Roma sentia-se superior a outros povos, a nova divisão jurídica não precisava, necessariamente, privilegiar o cidadão. Damas peregrinas, por exemplo, de acordo com a Lei Opiana de 215 AC, poderiam se enfeitar tranquilamente de ouro e desfilar em espaços públicos, enquanto que, das matronas patrícias, esperava-se maior discrição.<sup>106</sup>

Porém, além de diferenciações pitorescas, a dicotomia urbano/peregrino ensejou a delimitação de um direito “universal”. Um escopo legal considerado, talvez pela primeira vez, universal - um denominador comum de toda e qualquer nação “civilizada”<sup>107</sup> – o *Ius Gentium*. A justificativa filosófica para o *Ius Gentium* era que essas normas não se baseavam, de forma alguma, na tradição. Eram, antes, inerentes à própria natureza humana. O *Ius Gentium*, portanto, foi entendido não só como sinônimo de “lei das nações” mas, também como *Ius Naturale*.

---

<sup>105</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 39.

<sup>106</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 41.

<sup>107</sup> Ibidem. loc. cit.



No fim da república (mais precisamente na segunda metade do século III AC), devido à crescente complexidade das normas, fórmulas e remédios, forma-se mais uma nova classe de profissionais do direito – os juristas. Os juristas eram os únicos especialistas que, necessariamente, possuíam treinamento jurídico formal; qualidade que não possuíam nem os advogados, nem mesmo os pretores e *iudex*. Sua atuação, predominantemente civil (raramente se envolviam em questões criminais ou religiosas), destinava-se à solução de problemas difíceis, de imbróglios jurídicos, com sugestões de fórmulas, defesas ou redação de contratos e outros documentos. O trabalho e a opinião dos juristas considerados mais proeminentes era reunido em digestos, para futura referência.

Durante a transição da República para o Império o apego romano à tradição será fortemente abalado, pelo menos no que tange às questões de representação política e concentração de poder. Porém, independente das mudanças em relação ao conteúdo, os papéis sociais continuavam, na forma, estáveis. É bom lembrarmos, por exemplo, que os líderes da conspiração que levou ao assassinato de Júlio César - Brutus e Cássio - eram, à época, peregrino urbano e pretor.

#### 4.4. Diglossia discursiva: a “utopia às avessas” de Cícero

Para Cícero história e memória foram uma preocupação constante. O orador frequentemente alertava quanto aos perigos do esquecimento. Segundo ele, a república de seus dias era apenas uma imagem apagada do que um dia já havia sido ("*picturam... evanescentem vetustate*"<sup>108</sup> Rep. 5.1.2). Sua fibra moral se encontrava abandonada, enterrada pelo desuso ("*oblivione obsoleto*" *idem*). O que estava em questão na época, na segunda metade do século I DC, era o que seria a natureza, ou o discurso sobre a natureza, dessa mesma república. Identidade, sem dúvida, aristocrática, apesar do sistema político romano apresentar elementos democráticos (o principal deles sendo as tribunas). Mas a verdade é que o poder real, exercido pelos senadores da república, dependia, em grande parte, tanto de

---

<sup>108</sup> CICERO, Marco Túlio. *Da Republica*. São Paulo: Edipro, 2011. p. 59.

riqueza quanto de laços de família.<sup>109</sup> Apesar do contraexemplo do próprio Cícero, o maior defensor dessa forma de governo, que era, excepcionalmente, de origem comum.

A questão é saber se Cícero se inquietava com a perda da memória de uma república que de fato existiu ou que existia, apenas, na realidade de seus discursos. Talvez, para essa análise, seja pertinente o uso do conceito contemporâneo de revolução, surgido principalmente a partir dos movimentos sociais e filosóficos do século XVIII: ideia que explica as ações exercidas no presente em função de um processo rumo à Utopia, a uma realidade projetada, de forma mais ou menos incerta, no futuro. Com Cícero o que parece se dar é uma revolução às avessas: é necessário agir para que se restaure uma outra utopia, esta projetada, de forma também bastante incerta, no passado.

Para o orador, a república (*res publica* – coisa pública) teria, como elemento essencial, o *populus* (povo) que, por intermédio do senado que o representava, era a fonte formal do poder: “SPQR” - *Senatus Populusque Romanus* (senado popular romano)<sup>110</sup>. Para explicar, em seu *De Republica*, as origens do próprio conceito de “povo”, Cícero faz, sem dúvida, referência à teoria do “animal político” de Aristóteles. Para ao filósofo grego, a natureza de todas as coisas seria alcançar um propósito inato, atingindo sua própria perfeição. A perfeição do homem só se daria em sua expressão coletiva, cívica, política. Já as palavras do orador romano soam também, estranhamente, como uma espécie de teoria do contrato social:

“Nem toda reunião de homens, por mais unida que seja, forma o *populus*. Mas, sim, uma reunião de grande número de homens tornados aliados pelo consenso jurídico social (*iuris consensu sociatus*) e compartilhando interesses [...] a causa da união não é tanto a fraqueza dos indivíduos, mas o instinto social natural humano”.<sup>111</sup>

Porém, a necessidade de adoção de elementos representação democrática na república, em franco contraste com a monarquia (ainda que se discuta o *quantum*

---

<sup>109</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 43.

<sup>110</sup> KELLY, J.M.. *A Short History of Western Legal Theory*. Oxford. Oxford University Press, 2001. p. 35.

<sup>111</sup> Ibidem. loc. cit.

de poder efetivamente exercido pelas tribunas), possui uma explicação em que, ao contrário do que afirma o discurso idealizado, prevalece o dissenso. No início da república, Roma, ao contrário do que se dará durante o império, lutava não por sua expansão territorial, mas, antes de tudo, consigo própria. Os primeiros cento e cinquenta anos após a queda da monarquia “foram gastos, principalmente, nas lutas internas entre as duas ordens ou classes nas quais o corpo de cidadãos era dividido – a nobreza patrícia e os plebeus, que constituíam a maior parte da população”.<sup>112</sup> O consenso jurídico social, historicamente, parece ter existido somente à custa de derramamento de sangue.

#### 4.5. O império

Com a ascensão do imperador Cesar Augustus o processo de diglossia jurídica alcançará um escopo inédito na história romana: agora, não só o direito aplicado é reformado com a preservação da aparência de estabilidade, mas o próprio sistema político sofre um completo processo de ressignificação. Na prática, um império foi consolidado com “a segurança dos súditos garantida pela preservação da fachada de uma constituição republicana”.<sup>113</sup> A importância real de várias instituições foi sendo, portanto, gradualmente esvaziada até que, finalmente, sua existência se tornava de ordem predominantemente simbólica.

A própria ideia do império talvez fosse incompatível com o funcionamento e preservação das instituições republicanas. As guerras traziam oportunidades inéditas de ganhos de poder e riqueza aos generais e governantes de províncias. Reforçava, ao mesmo tempo, o poder do senado porque eram os senadores os responsáveis pela escolha desses servidores públicos. Havia um estado de beligerância permanente, advindo não só das batalhas pela expansão territorial, mas, também, da necessidade de sufocar as frequentes rebeliões nas províncias já anexadas a Roma. Isso levava ao adiamento das eleições anuais dos magistrados,

---

<sup>112</sup> NICHOLAS, Barry. *An Introduction to Roman Law*. Oxford. Oxford University Press, 1975. p. 21.

<sup>113</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 34.

e, também, à eleição de cônsules e pró-cônsules com um perfil em que as qualidades militares predominavam sobre a capacidade de debate e negociação políticos. É bem verdade que, no sistema administrativo romano, não havia a ideia de especialização, de escolha e preparação para uma carreira específica tal qual ocorre hoje. Um membro da classe dominante poderia, tranquilamente, transitar, na administração pública, pelo exercício de funções militares, políticas, jurídicas ou mesmo religiosas. O exército, porém, acabou por ganhar uma crescente autonomia, principalmente a partir da Segunda Guerra Púnica. Após a queda de Cartago, os soldados já não eram mais camponeses convocados à guerra mas, sim, profissionais de dedicação integral. Os generais, após anos, ou mesmo décadas, em campanha com seus legionários se tornavam, por sua vez, “uma espécie bastante diferente de “animal político””.<sup>114</sup> A representação máxima desse novo “*zoon politikon*”, desse líder militar com ambições autocráticas, seria a figura histórica de Caio Júlio César.

Em 146 AC, após a última de uma série de três guerras, Cartago teve que ser destruída. No mesmo ano a Grécia é formalmente anexada ao império. A força do exército é tamanha que, setenta anos depois, o poder em Roma é exercido por três generais - Crasso, César e Pompeu –, que dão início ao processo de decadência do senado. É formado assim um equilíbrio de poder, ainda que precário: o primeiro triunvirato. Mais tarde Crasso morre em uma tentativa ambiciosa de invadir a Pártia que, de tão desastrosa e mal sucedida, associou o nome do triúmviro, talvez para sempre, à palavra “erro”.

#### 4.6. Diglossia de Estado

Após o período de guerra civil e a ascensão e assassinato de Júlio César instaura-se um império ansioso “por manter uma aparência republicana”<sup>115</sup>. Augustus (na época “apenas” Otaviano), sobrinho-neto e herdeiro de César,

---

<sup>114</sup> ROBERTS, J.M. *The Penguin History of the World*. London: Penguin Books, 1995, p. 228.

<sup>115</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 14.

percebeu que Roma precisava de uma solução uma solução de compromisso entre os assassinos e defensores de seu tio. O que ele fez foi, ao dividir o poder com Marco Antônio e Lépido, promover uma anistia geral. Após a vitória sobre os outros triúmviros Otaviano decide promover, como política de estado, a apropriação da utopia de Cícero, de sua nostalgia, desprovendo as instituições políticas republicanas, o mais possível, de qualquer efeito prático. O próprio imperador passou a assumir a função legiferante e as “constituições imperiais” eram editadas com força de *lex*. As constituições eram, em sua maioria, respostas à questões impostas por litigantes ou servidores públicos. As assembleias populares voltaram a se encontrar, mas o imperador controlava sua pauta de reuniões, de forma que nenhuma proposta realmente importante era por elas decidida. Com o monopólio político assegurado na capital, o Império se utilizava da garantia de cidadania para o controle das províncias. Assim, a cultura e o direito romanos podiam existir sem, necessariamente, conexão dos grupos sociais com uma origem itálica. A “diglossia de estado”, a apropriação das instituições republicanas que passaram a legitimar um governo de caráter predominantemente autocrático, teve, também, uma consequência jurídica importante. Com a aparente estabilização das questões públicas, os juristas do império puderam se concentrar, quase com exclusividade, nas questões privadas. Essa aparente “despolitização” jurídica, essa dissociação entre o desenvolvimento legal e as questões de estado é que deu origem ao que chamamos, hoje, de direito romano clássico.

#### 4.7. O direito romano clássico

Os primeiros dois séculos da era cristã marcaram o ponto áureo do desenvolvimento do direito romano que alcançou, tecnicamente, sua expressão mais sofisticada. Ao mesmo tempo esse chamado “período clássico” testemunhou o governo de alguns dos mais brutais governantes do Império: Nero, Calígula e Domiciano. Esse aparente paradoxo só foi possível devido à separação, ainda que tácita, entre direito privado e direito público romanos. Isso talvez tenha contribuído para a criação e disseminação da máxima, quase folclórica e de origem controversa, de que os romanos teriam sido “gigantes do direito privado e pigmeus do direito

público". Como afirma Ronaldo Poletti, em Roma, "é quase insignificante, no tocante às instituições políticas, o chamado direito público".<sup>116</sup>

A verdade é que, devido à diglossia de Estado, que assegurou um governo autocrático, o direito público se estabilizou e os primeiros imperadores romanos sequer viam necessidade em interferir no desenvolvimento do direito privado.<sup>117</sup>

O principal motor do desenvolvimento legal do período clássico foi a literatura produzida por juristas, tanto os que serviam ao império, quanto os que optaram por uma prática privada. A principal característica dessa "doutrina" seria a continuidade (os juristas, mesmo em situações de discordância, citavam e construíam seu pensamento a partir do trabalho de seus predecessores). No fim das contas, somente a classe dos juristas possuía uma percepção do "todo" da lei privada: o pretor ocupava o cargo por um ano apenas, o *iudex* se preocupava apenas com os fatos dos casos a ele apresentados, os advogados valorizavam mais a perícia retórica do que o conhecimento jurídico. Na verdade as discussões eram tão detalhadas que, por outro lado, havia mesmo uma tendência, como exemplificada por Cícero, de desprezar os juristas por seu apego a filigranas e discussões inúteis, como a questão de ser ou não permitido que um sujeito deixasse a água da chuva cair de seu telhado no de seu vizinho.<sup>118</sup> Apesar disso, eram os juristas que se preocupavam com a aplicação prática das leis sendo naturalmente sensíveis à necessidade de reformas, às discussões e à harmonização de opiniões divergentes.

Sabe-se que os juristas do início dos primeiros séculos de nossa era dividiam-se em duas escolas principais: a dos proculianos e sabinianos. Os proculianos tendiam a embasar suas opiniões na autoridade lei escrita, cujo sentido deveria ser, na medida do possível, unívoco. Buscava-se, em relação ao direito não-escrito, por princípios que lhe fossem subjacentes. Já os sabinianos, por sua vez, procuravam por soluções para cada caso concreto, independente da coerência do direito como

---

<sup>116</sup> Ronaldo POLETTI. A ideia democrática no direito romano in *Revista de Informação Legislativa*, v.30, nº 120, p. 100, out./dez de 1993. Disponível em:

<<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176162>>. Acesso em: 22 março 2011.

<sup>117</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 16.

<sup>118</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 17.

um todo. Para eles a lei, em situações diversas, poderia ser interpretada de uma forma também diversa.

A divergência entre essas duas escolas pode parecer, a princípio, extremada. Porém o direito romano *in abstracto*, apresentado de forma didática, já começa, então, a apresentar características que o aproximam da unidade daquilo que hoje chamamos “disciplina”. Conforme já exposto, o desenvolvimento da teoria privatista do direito em Roma ocorre, concomitantemente, a um retraimento da participação popular na formulação de políticas públicas. Para explicar o fenômeno, sugerem-se duas abordagens. Uma é a dissociação, cada vez mais profunda, entre direito público e privado, de tal forma que o desenvolvimento de um, seja nas dimensões teórica ou prática, não resultava necessariamente em influência sobre o outro. Uma outra resposta a essa relação inversa pode ser sugerida pela ideia de que o desenvolvimento teórico da disciplina jurídica tenha, em si mesmo, contribuído para a manutenção e estabilização do *status quo* das instituições públicas. Foucault, ao discorrer sobre a natureza das disciplinas teóricas, traça uma consideração dessa natureza:

“A disciplina é um princípio de controlo da produção do discurso. Fixa-lhe limites pelo jogo de uma identidade que tem a forma de uma reatualização [sic] permanente das regras. Tem-se o hábito de ver na fecundidade de um autor, na multiplicidade dos comentários, no desenvolvimento de uma disciplina, recursos infinitos para a criação dos discursos. Talvez, mas não deixam de ser princípios de constrangimento ; e é provável que não se possa reconhecer o seu papel positivo e multiplicador se não tomarmos em consideração a sua função restritiva e constrangedora”.<sup>119</sup>

O fato é que, em Roma, o desenvolvimento dos limites conceituais do direito privatista ocorreu concomitantemente à limitação do exercício real do poder na esfera pública\*. O brilhantismo teórico, é forçoso reconhecer, conviveu com o retraimento dos meios de participação popular na formulação e execução das políticas de estado. Em um sentido extremo desse processo de concentração temos o exemplo, apreendido pela História de forma algo lendária, algo caricata, dos mais brutais governantes do Império: Calígula, Nero e Domiciano.

---

<sup>119</sup> FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Editora Loyola, 1999. p. 35.

O direito clássico romano é, em essência, casuístico - mesmo que baseado, algumas vezes, em casos de natureza hipotética propostos pelas escolas. O ordenamento e a classificação dessa miríade jurisprudencial foi elaborado com métodos de sistematização helênicos, apesar de os próprios gregos nunca terem aplicado seus instrumentos à lei. Um professor conhecido apenas pelo nome Gaius parece ter sido o responsável pela divisão da ciência jurídica romana, lançada, futuramente, à posteridade pelo *Corpus Iuris Civilis* de Jusitiano. Nas *Institutas*, a seção do código destinada aos estudantes, aprende-se que o direito se relaciona a pessoas, coisas e ações. "Pessoas" trata do status do indivíduo, pelos critérios da liberdade - escravo ou homem livre; cidadania - peregrino ou cidadão; posição familiar - *paterfamilias* ou dependente. "Coisas" envolvia os conceitos de corpóreo ou incorpóreo (obrigações eram consideradas coisas incorpóreas), móvel ou imóvel. "Ações" não se destina tanto a esmiuçar o procedimento nas cortes mas, antes, a classificar ações entre aquelas que podem ser impetradas contra qualquer pessoa (a reintegração de posse, por exemplo) e aquelas relacionadas a sujeitos específicos (como no caso de partes vinculadas por obrigação).

Outro importante desenvolvimento jurídico expresso nas *Institutas* era uma ideia mais complexa da natureza da obrigação. Os juristas, durante séculos, viram o contrato tão somente sob a ótica do devedor, como um ônus a ser cumprido. Na época de Gaius surgiu o entendimento da obrigação e de sua execução também como direitos. Ainda mais: delitos civis foram incluídos como fontes do direito obrigacional. O início do século III DC é considerado, por alguns autores, como o ápice da jurisprudência clássica. Isso pelo menos quanto ao critério do número de pessoas vivendo sob os preceitos do direito romano.



## 5. RESULTADOS, ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DOS DADOS

“Representação empiricamente alimentada”<sup>120</sup>, “imagem total”<sup>121</sup>, “supermercado de ideias”<sup>122</sup>, “criação”<sup>123</sup> ou “indecidível” derridariano, o D.R., é um exemplo profícuo de uma longa história de processos de ressignificação. Percebemos, por vários indícios apurados na pesquisa bibliográfica, a existência de um “outro” direito romano ainda no suposto período de sua origem. Um direito “menor”, mais informal, convivendo, de forma perfeitamente pacífica, com os éditos dos magistrados.

Houve, de fato, um espaço permitido a soluções que, embora tecnicamente ilegais, foram instrumentos legítimos dos operadores do direito. Tudo em defesa da verdadeira obsessão romana pela preservação da imagem de estabilidade jurídica. As diglossias jurídica, discursiva e de Estado sugerem que a ideia de tradição do D.R. e seu estranhamento à realidade são, na verdade, de origem romana. O mesmo se dá em relação às formas de legitimação, principalmente a chamada “estratégia naturalizadora”.

Assim, seríamos, *ipso facto*, herdeiros dos romanos. Ainda que o espólio nem sempre seja o conteúdo material de seu direito mas, sim, a estratégia legitimadora baseada na ficção da continuidade inabalável de uma tradição jurídica. O que constitui, em si, uma tradição, ainda que bastante diferente daquela apresentada pelos manuais acadêmicos de direito.

---

<sup>120</sup> POLETTI, Ronaldo. A ideia democrática no direito romano in *Revista de Informação Legislativa*, v.30, nº120, 120, p. 89-105, out./dez. De 1993. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176162>>. Acesso em: 22 março 2011.

<sup>121</sup> Ibidem. Loc. Cit.

<sup>122</sup> STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 2.

<sup>123</sup> FOUCALT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Editora Loyola, 1999. p. 84.

## 6. CONCLUSÕES

A proposta inicial do trabalho, que era a de apurar, por meio de indícios históricos, elementos que indiquem e exemplifique a flexibilidade interna inerente ao Direito Romano (D.R) parece ter sido alcançada com sucesso. Partimos do pressuposto, ao iniciar a pesquisa, de que Manuel Hespanha possuía a análise mais pertinente sobre a história do D.R: a de que os manuais jurídicos adotavam o conteúdo romanista de forma utilitarista e descontextualizada. Porém, durante a análise bibliográfica, apesar de confirmarmos a assertiva do historiador português, nos deparamos, também, com uma outra realidade. Se Hespanha afirma que os conceitos de D.R são usados, hoje, de forma anacrônica, desconsidera, todavia, que o mesmo anacronismo pode ter sido um fenômeno profundamente romano. Poderia haver, sim, na extensa história do uso e adaptação do D.R, uma continuidade: a da própria administração da ruptura. Ruptura que faria parte e seria o *anima mundi* da manutenção da ordem. Sua administração, seu reordenamento simbólico estaria no cerne da recriação, interpretação e aplicação do D.R. Em uma frase: aprendemos a reinventar Roma com os próprios romanos. Ironicamente, os processos de legitimação - sejam evolucionistas ou naturalizantes - ignoram a verdadeira história romana mas fazem parte, ao mesmo tempo, de seu legado e de sua tradição.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Santo AGOSTINHO (2008) *Confissões*. São Paulo: Editora Martin Claret.
- Peter BURKE (1992) *A Escrita da História – Novas Perspectivas*. São Paulo. Unesp..
- Marco Túlio CICERO (2011). *Da República*. São Paulo: Edipro.
- Jeff COLLINS et Bill MAYBLIN (2011) *Introducing Derrida*. London: Omnibus Business Centre.
- Raoul van CAENEGEM (2002). *European law in the past and the future*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Michel FOUCAULT (1999). *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Editora Loyola.
- Alain M. GOWING (2005). *Empire and Memory: The Representation of the Roman Republic in Imperial Culture*. Cambridge: Cambridge Universitário Presa.
- Eric HOBBSBAWM (1985). *A Era dos Extremo: o Breve Século XX (1914-1918)*. São Pauo: Companhia das Letras.
- Antônio Manuel HESPANHA (2005). Depois do Leviathan in Almanack Braziliense, nº 05, p. 55-66, maio de 2007. Disponível em:  
<[http://www.almanack.usp.br/neste\\_numero/n01/index.asp?tipo=artigos&edicao=5&conteudo=198](http://www.almanack.usp.br/neste_numero/n01/index.asp?tipo=artigos&edicao=5&conteudo=198)> Acesso em: 22 março 2011.
- Antonio Manuel HESPANHA (1982). *História das instituições jurídicas*. Coimbra: Almedina.
- Antonio Manuel HESPANHA (2009). *Cultura Jurídica Européia – síntese de um Milênio*. Florianópolis. Fundação Boiteux.
- J. M. KELLLY (2001). *A Short History of Legal Theory*. Oxford. Oxford University Press.
- Pedro LENZA (2008) *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo. Editora Saraiva.
- José Reinaldo de Lima LOPES (2000). *O Direito na História: Lições Introdutórias*. São Paulo. Max Limonad.
- Barry NICHOLAS (1975). *An Introduction to Roman Law*. Oxford. Oxford University Press.

Ronaldo POLETTI. A ideia democrática no direito romano in *Revista de Informação Legislativa*, v.30, nº 120, p. 100, out./dez de 1993. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176162>>. Acesso em: 22 março 2011.

Leopold von RANKE (1956). *Varieties of History*. New York: F. Stern.

Miguel REALE (1976). Estrutura e Fundamento da Ordem Jurídica in *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará*, 20, nº 12, p. 245-252. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/180576>> Acesso em: 22 de março de 2011.

Darcy RIBEIRO RIBEIRO (1995). *O Povo Brasileiro – A formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras.

Luiz Antônio ROLIM (2003). *Instituições de Direito Romano*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

J.M ROBERTS (1995). *The Penguin History of the World*. London. Penguin Books.

Nelson SALDANHA (1983). O Direito Romano e a noção ocidental de “Direito” in *Revista de Informação Legislativa*, v.20, nº 80, p. 119-124, out./dez. De 1983. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181474>> Acesso em: 22 março 2011.

Ferdinand SAUSSURE (1959). *Course in General Linguistics*. Trans. Wade Baskin. New York, Philosophical Library.

Peter STEIN (2007). *Roman law in European history*. Cambridge: Cambridge University Press.

Eric VOGELIN (1982). *A Nova Ciência da Política*. Brasília. Editora da Universidade de Brasília.

Max WEBER (1978). *Economy and Society*. Berkely: University of California Press.

Rheinhard ZIMMERMANN (2002). *Roman law, contemporary law, European law: the civilian tradition today*. Oxford. Oxford University Press.